

# L'arbitrabilité des litiges de droit privé

- perspective comparatiste



---

Lidia Sokołowska

2020



# L'arbitrabilité des litiges de droit privé

- perspective comparatiste

---

Lidia Sokołowska

2020



# L'arbitrabilité des litiges de droit privé

- perspective comparatiste

Zdatność arbitrażowa sporów w prawie prywatnym –  
perspektywa prawnoporównawcza

Wydawca Uniwersytet Jagielloński w Krakowie,  
Biblioteka Jagiellońska 2020

ISBN 978-83-955592-5-9

---

Lidia Sokołowska

*Publikacja powstała w ramach grantu Preludium nr 2014/13/N/HS5/01095,  
finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.  
Autor uzyskał środki finansowe na przygotowanie rozprawy doktorskiej z Narodowego  
Centrum Nauki w ramach finansowania stypendium doktorskiego na podstawie decyzji  
nr DEC-2015/16/T/HS5/00210.*

## **Remerciements**

*Je tiens, tout d'abord, à remercier mes directeurs de thèse, Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson et Monsieur le Professeur Andrzej Szumański pour leur confiance et leurs encouragements tout au long de mes recherches.*

*Je souhaiterais, ensuite, remercier Monsieur le Professeur Daniel Girsberger et Mme Nada Bakić pour les précieux conseils et leur bienveillance pendant l'élaboration de mon projet.*

*Je remercie également l'Ambassade de France à Varsovie, Campus France Pologne, l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, l'Institut Max Planck à Luxembourg, l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne, Europa Institut à Saarbrücken, l'Agence nationale de la recherche NCN à Cracovie<sup>1</sup>, la Faculté de Droit et d'Administration et l'Institut des Études européennes de la Faculté des Études Internationales et Politiques de l'Université Jagellonne de Cracovie pour la création d'un cadre propice à mes recherches.*

*Je remercie de tout mon cœur tous mes relecteurs et amis – Chiraz Abid, Saniya Amraoui, Morgan Briand, Solène Ducci, Racha El Herfi, avec une mention spéciale pour Didier Boden et Manuel Devers.*

*Un grand merci à tous mes amis qui m'ont soutenue pendant la rédaction, surtout à Daniel Boyer, Karim El Chazli, Mikołaj Denderski, Katarina Durdenić, Michel Erpelding, Vincent Galand, Agnieszka Gozdek, Gosia Kościelska, Ala Polok, Alina Sobiech, Kasia Szczepankiewicz.*

*Je remercie, enfin, ma famille, surtout mon père et ma sœur, pour leur grand soutien et leurs encouragements. Je remercie mon mari, Manuel, pour son optimisme reconfortant.*

*Je dédie ce travail à la mémoire de ma mère, Gabriela Sokołowska.*

---

<sup>1</sup> *This study is based on the project Preludium n° 2014/13/N/HS5/01095 financed by the National Science Centre (Poland).*

*The author obtained funds for the preparation of her doctoral dissertation from the National Science Centre (Poland) as part of financing the doctoral scholarship under decision n° DEC- 2015/16/T/HS5/00210.*

## ***Principales abréviations***

ADR	Alternative Dispute Resolution
ADR	Arbitraż i Mediacja
AFA	Association française d'arbitrage
AJ	Actualité juridique
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
al.	alinéa(s)
art.	art.
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
auZPO	Code de procédure civile autrichien
bCc	Code civil belge
bCj	Code judiciaire belge
BGH	Bundegerichtshof
<i>Bull.</i>	Bulletin
<i>Bull. ASA</i>	Bulletin de l'Association suisse d'arbitrage
<i>Bull. CCI</i>	Bulletin de la CCI
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambres civiles
<i>Bull. SN</i>	Biuletyn Sądu Najwyższego
c.	contre
CA	Cour d'appel
<i>Cah. arb.</i>	Cahiers de l'arbitrage
Cass. 1 <sup>re</sup> civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. mixte.	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
CCI	Chambre de commerce internationale
CEPANI	Centre belge pour l'Arbitrage et la Médiation
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
<i>Colum. J.</i>	
<i>Transnat'l L</i>	Columbia Journal of Transnational Law
CPI	Code de la propriété intellectuelle français
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (Institut
<i>DP</i>	Recueil Dalloz périodique
<i>Dr. et patrim.</i>	Droit et patrimoine
<i>Dz.U.</i>	Journal officiel des textes législatifs et réglementaires de la République de Pologne ( <i>Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej</i> )
éd.	Edition
EWCA	Court of Appeal (England and Wales)
EWHC	High Court of Justice (England and Wales)
FAA	Federal Arbitration Act
Fasc.	Fascicule
frCc	Code civil français
frCPC	Code de procédure civile français



gén.	général
<i>ibid.</i>	ibidem
ICC	International Chamber of Commerce
iCc	Code civil italien
iCPC	Code de procédure civile italien
IBA	International Bar Association
ILA	International Law Association
<i>Infra</i>	ci-dessous
<i>J.-Cl. civ.</i>	Juris-Classeur de droit civil
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique
<i>JDI</i>	Journal du droit international (« Clunet »)
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	Journal officiel de l'Union européenne
KIG	Chambre Commerciale Polonaise à Varsovie
KRO	Code de la famille et des tutelles polonais
LCIA	London Court of International Arbitration
LDIP	Loi fédérale suisse sur le droit international privé
<i>Lloyd's rep.</i>	Lloyd's Report
<i>MoP</i>	Monitor Prawniczy
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenschrift
<i>NP</i>	Nowe Prawo
<i>NPC</i>	Nowy Proces Cywilny
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
OGH	Oberste Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
p.	page
<i>Pal.</i>	Palestra
<i>PiP</i>	Państwo i Prawo
plCc	Code civil polonais
plCPC	Code de procédure civile polonais
pos.	position
<i>PPC</i>	Polski Proces Cywilny
<i>PPH</i>	Przegląd Prawa Handlowego
<i>PPPM</i>	Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego
<i>prés.</i>	précité
PrUpad	Loi polonaise relative à la faillite du 15 mai 2015 ( <i>Prawo upadłościowe</i> )
PrUpadNap	Loi polonaise relative à la faillite et le redressement judiciaire du 28 février 2003 ( <i>Prawo upadłościowe i naprawcze</i> )
PUF	Presses universitaires de France
<i>PUG</i>	Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
<i>RDC</i>	Revue de droit des contrats
<i>Rec.</i>	Recueil
<i>Répertoire dr. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Répertoire pr. civ.</i>	Répertoire de procédure civile Dalloz
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage

<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. dr. com. belge</i>	Revue de droit commercial belge
<i>Rev. euro. dr. conso.</i>	Revue européenne de droit de la consommation
<i>RIDA</i>	Revue internationale du droit d'auteur
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>s.</i>	suivant
<i>SA</i>	Cour d'appel / Pologne ( <i>Sąd apelacyjny</i> )
<i>SAKIG</i>	Cour d'Arbitrage de la Chambre Commerciale Polonaise à Varsovie
<i>Scand. Stud. L.</i>	Scandinavian Studies of Law
<i>SchiedsVZ</i>	Zeitschrift für Schiedsverfahren
<i>sCPC</i>	Code de procédure civile suisse
<i>SN</i>	Cour suprême polonaise ( <i>Sąd Najwyższy</i> )
<i>SO</i>	Tribunal régional / Pologne ( <i>Sąd Okręgowy</i> )
<i>SOKiK</i>	Tribunal auprès de l'Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs à Varsovie ( <i>Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów</i> )
<i>spéc.</i>	Spécialement
<i>Stockholm Int'I</i>	
<i>Arb. Rev</i>	Stockholm International Arbitration Review
<i>suppl.</i>	supplément
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>t.</i>	tome
<i>Trad.</i>	Traduction
<i>Trav. Com. fr. DIP</i>	Travaux du Comité français de droit international privé
<i>Tulane J. of Int'l &amp; Comp. Law</i>	Tulane Journal of International and Comparative Law
<i>UOKiK</i>	Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs à Varsovie ( <i>Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów</i> )
<i>v.</i>	Voir
<i>vol.</i>	Volume
<i>ZPO</i>	Code de procédure civile allemand

# **Sommaire**

## **Introduction**

**Chapitre préliminaire.** L'évolution du concept d'arbitrabilité – perspective historique

## **Partie I LA NOTION D'ARBITRABILITÉ**

**TITRE I. LES CRITÈRES TRADITIONNELS D'ARBITRABILITÉ DANS LES DROITS NATIONAUX**

**Chapitre I.** L'arbitrabilité et l'ordre public

**Chapitre II.** La diversité des critères d'arbitrabilité au sein des droits civilistes

**TITRE II. LES CRITÈRES D'ARBITRABILITÉ À L'ÉPREUVE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL**

**Chapitre I.** Le chevauchement des critères de l'internationalité de l'arbitrage et de l'arbitrabilité du litige

**Chapitre II.** Les critères transnationaux d'arbitrabilité

## **Partie II LA MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT D'ARBITRABILITÉ**

**TITRE I. LES LIMITES TRADITIONNELLES DE L'ARBITRABILITÉ**

**Chapitre I.** L'arbitrabilité en droit des sociétés – l'exemple des litiges portant sur la nullité des décisions sociales

**Chapitre II.** L'arbitrabilité en droit de la propriété intellectuelle – l'exemple des litiges portant sur la nullité des brevets

**TITRE II. LES NOUVELLES PERSPECTIVES DE L'ARBITRABILITÉ**

**Chapitre I.** L'arbitrabilité en droit de la consommation et en droit des procédures collectives

**Chapitre II.** L'arbitrabilité en droit de la famille

**Conclusion générale**

# Introduction

---

*«La vérité, c'est que l'arbitrage n'est pas, dans son essence,  
un phénomène juridique ; l'arbitrage est dans son essence  
un phénomène distinct du droit, antagoniste au droit,  
et c'est la raison pour laquelle les juristes n'arrivent  
ni à le saisir parfaitement ni à le régler convenablement<sup>2</sup>».*

## I. La favor arbitrandum

1. Mode alternatif de résolution des litiges, l'arbitrage commercial est actuellement considéré comme un des moyens les plus efficaces de justice privée<sup>3</sup>. Ce type de règlement des différends mobilise l'attention des législateurs de partout dans le monde, depuis déjà un siècle, et constitue ainsi un terrain propice à la réflexion théorique<sup>4</sup>. Il représente aussi, depuis de nombreuses années, un outil important de la pratique du commerce international, incarné par ce qu'on appelle l'arbitrage commercial<sup>5</sup>. Ce dernier mécanisme est principalement utilisé pour mettre en cause, selon un critère économique, les intérêts du commerce national ou international. Dans un contexte de

---

<sup>2</sup> V. R. David, « Arbitrage et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 11 (1) 1959, p. 12.

<sup>3</sup> La sentence arbitrale est comparable à celle provenant de la juridiction étatique. En doctrine polonaise, cf. T. K., Ereciński, K. Weitz, *Sad arbitrażowy*, Lexis Nexis, Warszawa 2008, pp. 23 et s.

<sup>4</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitrażu i arbitrow*, C.H. Beck, Warszawa 2011, pp. 25-27. V. aussi, not., A. Szumański, « Charakter prawny arbitrażu handlowego », In A. Szumański (éd.), *Arbitraż handlowy System prawa handlowego*, vol. 8, C.H. Beck, Warszawa 2015, pp. 6 - 8.

<sup>5</sup> Le terme « commercial » est défini par la doctrine du droit de l'arbitrage dans un sens plus large et objectif. Selon la tradition romaniste, il désigne les questions issues de toute relation de nature commerciale (par opposition à la tradition germanique qui se fonde sur une définition du terme « commercial » basée sur un critère subjectif), cf. J.D.M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003, pp. 52 et s.

mondialisation économique et d'internationalisation progressive des économies nationales, le recours à l'arbitrage international a connu une importance toujours accrue, et particulièrement en ce qu'il présente une nature mixte, à la fois contractuelle et juridictionnelle<sup>6</sup>.

2. L'avantage de l'arbitrage international est évidemment lié à la délocalisation qu'il opère par rapport aux ordres juridiques nationaux. Plus encore, ce sont les possibilités qu'il offre dans la conduite du commerce international qui en font une alternative de règlement des différends intéressante. Il promeut notamment une harmonisation des différences entre les divers régimes nationaux et comble les lacunes potentielles issues de l'application territoriale des normes nationales. Cette tendance à laquelle participent la plupart des Etats européens est à l'œuvre depuis les vingt dernières années et se traduit par des réformes envisagées nationalement visant l'élargissement du champ de validité des clauses arbitrales dans certains domaines jusque-là impénétrables.
3. À cet égard, l'exemple français est représentatif de cette tendance. Ainsi, le Ministère de la Justice et le Ministère de l'Economie avaient confié une mission à M. Michel Prada, Président du Conseil de normalisation des comptes publics, dont le but était de renforcer la compétitivité juridique de Paris, en tant que place de l'arbitrage international. La lettre de mission signalait le besoin d'une politique favorable à l'attractivité juridique de la France en soulignant le rôle décisif de la place de la capitale du pays en matière d'arbitrage<sup>7</sup>. Le rapport qui en a résulté, dit *Rapport Prada*, mettait l'accent sur la forte concurrence entre Paris et des villes telles que Londres et Genève, voire de places émergentes telles que Hong Kong ou Singapour<sup>8</sup>. Dans cette perspective, la France a réformé son droit de l'arbitrage en 2011 afin de moderniser et

---

<sup>6</sup> H. Motulsky, *Écrits II, Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris 1974, p. 5. V. également A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *Law and practice of International Commercial arbitration*, 4<sup>ème</sup> éd., Sweet & Maxwell, London 2004, p. 163.

<sup>7</sup> Lettre de mission conjointe en date du 28 octobre 2010 du Ministre de la Justice et des Libertés et du Ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi à M. Prada, v. l'annexe I au Rapport: M. Prada, *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, rapport en date de mars 2011, pp. 6 et s., disponible en ligne : [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_Rapport\\_prada\\_20110413.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf) (tous les liens consultés le 10 juin 2019).

<sup>8</sup> M. Prada, *ibid.*

renforcer l'efficacité de l'institution<sup>9</sup>, notamment en s'inspirant de certains droits étrangers<sup>10</sup>.

4. Parmi les facteurs de la popularité croissante de l'arbitrage est essentiellement son caractère contractuel<sup>11</sup>. En effet, l'attrait opère du fait de la centralité dans le contrat de la volonté des parties contractantes, de l'obligation de coopération avec l'arbitre conjuguée avec le caractère volontaire de la mise en œuvre du jugement, reflétant le respect d'une attitude professionnelle et constructive face à la résolution d'un litige. Le marché commercial mondial, guidé par le souci d'efficacité des transactions économiques et celui de maintenir une certaine flexibilité au profit de ses acteurs, trouve dans l'arbitrage commercial, l'instrument adapté pour répondre aux exigences exposées. Ces exigences du commerce internationales impliquent aussi une nécessité de libéraliser les réglementations issues des ordres juridiques européens, dans le sens d'une plus grande actualisation, harmonisation et simplification du droit de l'arbitrage. Cette conceptualisation libérale de la réglementation de l'arbitrage a aussi pour but d'étendre, devant les juridictions européennes, la portée de l'arbitrage et de renforcer l'efficacité des sentences arbitrales.
5. Malgré le recours croissant à l'arbitrage commercial dans les relations économiques, des éléments limitatifs de la volonté des parties subsistent dans sa réglementation juridique. Dans ce contexte, le paradoxe décrit par René David, dans la citation ci-dessus, trouve une illustration dans le phénomène d'arbitrabilité. La capacité d'une matière à relever d'une résolution par voie d'arbitrage est en effet symptomatique des limites imposées à la volonté des parties par le droit. En ce sens la notion d'arbitrabilité recouvre l'ensemble des domaines d'application pratique de l'arbitrage, en particulier

---

<sup>9</sup> Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant sur la réforme de l'arbitrage, *JO* 14 janvier 2011, p. 777, texte n° 9.

<sup>10</sup> Pour un aperçu complet et détaillé, v. not., E. Gaillard, P. De Lapasse, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz*, 20 janvier 2011, n° 3, p. 175; Ch. Jarrosson, J. Pellerin, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.*, 2011 (1), pp. 5-86; Th. Clay (dir.), *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, Paris 2011.

<sup>11</sup> L'arbitrage est perçu comme un facteur de la déréglementation par les auteurs francophones : J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris 1999, spéc. n° 4, avec les références citées. La liberté contractuelle des parties est un élément constitutif de l'arbitrage d'après les auteurs polonais : v. A. Szumański, « Charakter prawny arbitrażu handlowego », *op.cit.*, p. 7.

le domaine des transactions économiques entre les parties. Tout en constituant une manifestation de la volonté individuelle, elle constitue une condition légale de la validité de la clause compromissoire et détermine, par là même, la compétence des arbitres.

6. La question de l'arbitrabilité est appréhendée de manière divergente par les grands systèmes juridiques européens, à savoir le système continental et le système de *Common Law*<sup>12</sup>. Non seulement l'arbitrabilité est soumise à des approches spécifiques aux traditions anglo-saxonnes d'une part, et romano-germaniques, de l'autre, mais plus encore, au sein même de ces dernières traditions, on discerne des solutions proprement romanistes et d'autres germaniques. Une telle diversité de la réglementation de l'arbitrabilité provient également du degré d'autonomie institutionnelle et fonctionnelle accordée à l'arbitrage, qui paraît fonction d'une tradition juridique marquée par des éléments de la théorie contractuelle ou par la théorie juridictionnelle de l'arbitrage. Dans le premier cas, l'arbitrage est considéré comme une manifestation du principe de la liberté contractuelle, là où dans le second cas, il est considéré comme l'effet de la délégation de pouvoir de l'État. Il était donc jusqu'à présent impossible de développer une solution cohérente à l'arbitrabilité au niveau international, bien que la loi type de la CNUDCI offre des éléments d'harmonisation visant à influencer sur les législations nationales<sup>13</sup>. Ceci étant, la tendance générale s'inscrit dans un mouvement *in favorem arbitrandum*, qui évolue dans le sens d'une plus grande libéralisation des restrictions à l'arbitrabilité dans la majorité des législations européennes, en particulier en arbitrage commercial international. En effet, la libéralisation de la réglementation juridique, dans ce cadre, se traduit par un processus de rapprochement des lois sur l'arbitrage, la réduction des restrictions sur l'arbitrabilité et l'élargissement de son champ d'application.

---

<sup>12</sup> P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.*, 1994 (2), p. 213.

<sup>13</sup> La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international le 21 juin 1985 et révisée le 7 juillet 2006, ci-après : la loi modèle de la CNUDCI, la loi type de la CNUDCI.

7. Dans la perspective d'une telle évolution progressive des normes en droit de l'arbitrage commercial et l'interaction constatée et les influences mutuelles entre les législations des différents Etats, une approche comparatiste de l'évaluation de la réglementation de l'arbitrabilité dans les traditions juridiques européennes semble tout à fait justifiée.
8. Le centrage de la présente analyse sur les ordres juridiques européens ne s'explique pas seulement par la longue tradition du droit de l'arbitrage en Europe, ni par la seule coexistence sur le continent européen des traditions romano-germaniques du système continental et de la *Common Law*, comme fondement de l'analyse en droit comparé. La pertinence du choix de ce terrain tient surtout à la tendance actuelle à l'eupéanisation du droit privé<sup>14</sup> qui accompagne le processus d'intégration au sein de l'Union européenne<sup>15</sup>.
9. Ce contexte européen de réformes législatives est marqué par la tendance *in favorem arbitrandum*, et est donc enclin à rétrécissement progressif du champ des litiges inarbitrables, si bien qu'une partie de la doctrine conclue à « *the death of inarbitrability* »<sup>16</sup>. Il peut paraître surprenant, dans un tel contexte, que les pays postsocialistes, tels que la Pologne, cherchent encore à réformer leurs législations en vue de les adapter aux exigences du marché<sup>17</sup>. L'exemple polonais démontre que les

---

<sup>14</sup> Ch. Jørges, « Sur la légitimité d'eupéaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue internationale de droit économique* 2004 (2), pp. 133 et s. ; J. Rajski, « Rozwój tendencji do europeizacji prawa prywatnego », In M. Pazdan (éd.), *Europeizacja prawa prywatnego*, vol. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 263.

<sup>15</sup> Du point de vue du droit procédural, ce choix s'inscrivait aussi dans l'actualité de la réforme du règlement Bruxelles I, qui envisageait la possibilité d'inclure l'arbitrage dans le cadre de la procédure civile européenne, Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 relatif à la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12, 16.1.2001, p. 1–23), et la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), 14 décembre 2010, COM(2010) 748 final. Bien qu'elles n'aient pas abouti, ces tentatives prouvent cependant l'existence de tendances favorables à l'arbitrage, v. B. Trocha, « Kwestia obecności arbitrażu w europejskim prawie postępowania cywilnego w świetle projektów rewizji rozporządzenia Bruksela I », *ADR* 2011, 1 (13), pp. 63 – 65; H. Van Houtte, « Vers un régime d'arbitrage européen? », In *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. J. Rajskiemu*, C. H. Beck, Warszawa 2007, p. 425; cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

<sup>16</sup> En ce sens K. Youssef, « The Death of Inarbitrability », In L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009, pp. 47-68.

<sup>17</sup> Actuellement, l'intérêt pour l'arbitrabilité semble plus visible dans la littérature des pays postsocialistes (contrairement aux pays de l'Europe occidentale), cf. N. Bakic, « Substantive



débats autour de la question de l'arbitrabilité se poursuivent encore, et illustre, à cet effet, la pertinence du recours à la méthodologie comparatiste pour analyser cette question.

## II. Détermination du corpus objet de l'observation

### a. Intérêts de l'étude

10. Le 28 juillet 2005, en se basant sur la loi type de la CNUDCI, le législateur polonais a adopté une loi modifiant le régime du droit de l'arbitrage en Pologne<sup>18</sup>. Il avait pour but d'introduire un ensemble de normes efficaces et claires, favorables aux instances arbitrales pouvant se dérouler en Pologne<sup>19</sup>. Malgré sa position géographique au cœur de l'Europe, qui aurait pu en faire une place clé de l'arbitrage en Europe centrale et orientale, la Pologne n'a pas su, jusqu'à présent, attirer l'attention des praticiens de l'arbitrage international<sup>20</sup>. Les mesures prises par le législateur polonais en adoptant la réforme de 2005 sur l'arbitrage n'ont pas apporté d'améliorations spectaculaires dans ce domaine. Le régime juridique de l'arbitrabilité objective, perçu comme particulièrement problématique, était d'ailleurs vivement discuté par la doctrine polonaise et continue à soulever régulièrement des doutes ;

---

Arbitrability under Serbian and Croatian Law – a Comparative Analysis », In M. Maidana-Eletti, C. Toepke (éd.), *Rechts und Gesellschaft, Luzerner Beitrage zur Rechtswissenschaft*, vol. 86, Schulthess, Luzern 2014, p. 47-92.

<sup>18</sup> Code de procédure civile polonais – Kodeks postępowania cywilnego, loi du 17 novembre 1964 avec modifications, *Dz. U.* 1964 n° 43 pos. 296, ci-après pCPC. Cette réforme est entrée en vigueur le 17 octobre 2005. Une version prononcée et consolidée du pCPC peut être consultée sur le site du Parlement polonais : [www.sejm.gov.pl](http://www.sejm.gov.pl) qui publie des actes législatifs et réglementaires polonais sous forme électronique.

<sup>19</sup> T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2007, p. 348.

<sup>20</sup> M. Hauser-Morel, « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *Rev. arb.*, 2011 (2), pp. 415 – 433.

<sup>21</sup> Entre le mois de janvier 2010 et le 20 octobre 2010, la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce polonaise à Varsovie (SAKIG) a reçu 360 cas, soit environ huit cas de plus par rapport à l'année 2009, et une centaine de cas de plus qu'en 2008. En 2017 la Cour a seulement reçu 200 affaires, dont 10 % présente un caractère international. En 2018 la Cour a reçu 158 affaires, dont 10 % présente un caractère international. Les statistiques sont disponibles en ligne sous : <https://sakig.pl/pl/aktualnosci/media-o-nas> (le site de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce polonaise de Varsovie, SAKIG). Pour plus de statistiques, v. M. Kocur, J. Kieszczyński, J. Zralek, M. Zachariasiewicz, *Badanie arbitrażu*, disponible en ligne : <http://kocurpartners.com/wp-content/uploads/2016/06/Badanie-Arbitrazu-2016-pl.pdf>.

11. La mise en œuvre de mesure d'harmonisation en droit de l'arbitrage, par le recours à la loi type proposée par la CNUDCI, comme dans le cas polonais, ne résout pas entièrement les disparités des régimes de l'arbitrabilité dans les droits nationaux et des degrés de libéralisation. Il semble que ces disparités proviennent de trois catégories de facteurs : l'adaptation d'une théorie donnée de l'arbitrage, le monisme ou le dualisme du régime de l'arbitrage au plan national et international et, enfin, l'application du critère de l'arbitrabilité par le législateur. Il ressort de la doctrine comparatiste du droit de l'arbitrage que les législations nationales les plus libérales au niveau du régime de l'arbitrabilité sont celles qui reconnaissent la volonté des parties comme une condition *sine qua non* de l'arbitrage et qui ont pour base le modèle législatif « dualiste » de l'arbitrage, à savoir deux régimes distincts réglementant l'arbitrage international et national où le premier influence et libéralise le deuxième<sup>22</sup>.
12. Le régime juridique de l'arbitrage en Pologne, réglé par les normes du Code de procédure civile, est contenu dans un livre intitulé « Cour d'arbitrage ». Les textes polonais de 2005 ont introduit comme règle que le recours à l'arbitrage était possible pour tout différend relatif aux droits portant sur des biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux, sous réserve que ce différend puisse faire l'objet d'une transaction devant une juridiction étatique<sup>23</sup>. Conformément aux dispositions relatives à la procédure civile en Pologne, faute de pouvoir donner lieu à une transaction, ne pourront être résolus par voie d'arbitrage, entre autres, les contentieux matrimoniaux, les litiges relatifs à la filiation ou encore des différends portant sur des contrats-type, particulièrement ceux concernant les relations avec les consommateurs. Ceci étant, en général, la pratique démontre que les litiges impliquant les consommateurs ne sont pas exclus de l'arbitrage<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> V. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Sections I et II. Le phénomène a été évoqué récemment dans le contexte de l'amendement du droit de l'arbitrage en Birmanie, v. S. Lee, « What is the likely impact of the Myanmar Arbitration Act ? », *Lexis Nexis UK Blogs*, 9 mars, 2016, disponible en ligne : <https://blogs.lexisnexis.co.uk/dr/what-is-the-likely-impact-of-the-myanmar-arbitration-act/>.

<sup>23</sup> Il n'est cependant pas autorisé de recourir à l'arbitrage concernant les pensions alimentaires.

<sup>24</sup> L'art. 1157 du pICPC tel que modifié en 2005, interprété par M. Hauser-Morel, *op. cit.*, p. 416.

13. La doctrine polonaise démontre qu'un tel critère de l'arbitrabilité est cependant superficiel, ambiguë et problématique. A la suite des travaux réalisés par Commission de Codification du Droit Civil<sup>25</sup>, le critère de la capacité à compromettre adopté avant-guerre<sup>26</sup> avait été abandonné pour être remplacé par le critère basé sur la notion de transaction. Comme le souligne la doctrine polonaise, la distinction entre ce premier critère et celui utilisé dans les systèmes juridiques de droit romaniste, fondé sur la libre disponibilité des droits, n'est pas claire et leur portée semble comparable. Ainsi, comme démontré ci-dessous, l'ancienne réglementation polonaise de l'arbitrage proposait, selon la doctrine, un régime plus libéral que celui adopté en 2005<sup>27</sup>.
14. Alors que l'ancien pCPC de 1930/1932<sup>28</sup> prévoyait à l'art. 486, que les parties, dans les limites de leur capacité à compromettre (« capacité à s'obliger ») pouvaient conclure un contrat d'arbitrage, l'art. 697 du pCPC<sup>29</sup> de la Pologne socialiste a conservé ce critère. La capacité à compromettre était toutefois entièrement remplacée en 2005 par le critère de l'aptitude à la transaction. Ce critère est tiré de la tendance qui existait encore à l'époque en droit allemand et autrichien et qui prévoyait l'arbitrabilité des litiges relatifs aux droits portant sur des biens patrimoniaux et extrapatrimoniaux, s'ils étaient dotés de l'aptitude à la transaction (transigibilité des droits)<sup>30</sup>. Toutefois,

---

<sup>25</sup> « *Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego* » (pl.).

<sup>26</sup> La «capacité à s'obliger», «*samodzielne zobowiązywanie się* » (pl.).

<sup>27</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. (...)*, op. cit., pp. 29-35.

<sup>28</sup> Le décret du Président de la République de Pologne du 29 novembre 1930 relatif au Code de procédure civile (*Dz. U.* de 1930, n° 83, pos. 651).

<sup>29</sup> Loi du 17 novembre 1964 relative au Code de procédure civile (*Dz. U.* de 1964, n° 43, pos. 296).

<sup>30</sup> Contrairement à la doctrine anglo-saxonne qui emploie le terme « *settlement ability* », la notion d'*aptitude à la transaction*, qui existe en doctrine germanophone sous le nom de *Vergleichsfähigkeit* (capacité à la transaction, *zdatność ugodowa* [pl.]), est rarement utilisée en doctrine francophone et peut être confondue avec les critères de l'arbitrabilité subjective. Nous proposons donc d'employer alternativement la notion de transigibilité qui semble acceptable dans la langue française, cf. la définition de transigibilité dans le J.-B. Richard de Radonvilliers, *Enrichissement de la langue française. Dictionnaire des mots nouveaux*, 2. éd., Leautey, 1845, version digitale 2013 : « *s. f.; état, qualité de ce qui est transigible: sa transigibilité* ». Cf. not. L. Posocco, *La clause compromissoire: contribution à l'étude sur l'arbitrabilité des litiges*, thèse non-publiée, Université Toulouse 1 Capitole, 2011; C. A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, Paris 2011, n°s 922 et s., p. 493. M. Arrue Montenegro emploie le terme de *transigibilité* à l'égard des concessions réciproques entre les parties, érigées au rang de condition de validité du contrat de transaction. Un autre auteur français parle de la « *transigeabilité* », au lieu de « transigibilité », en tant que « néologisme, employé par certains auteurs », v. L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, LGDJ, Paris 2004, p. 214. En ce sens M. Poulet indique l'ouvrage suivant : S. Guinchard, M. Bandrac, M. Douchy, F. Ferrand, X. Lagarde, V. Magnier, H. Ruiz-Fabri, L. Sinopoli, J.-M. Sorel,

dans la version finale du Code de procédure civile de 2005, l'art. 1157 a été modifié comme suit: « *Sauf indication contraire, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage les différends concernant les droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux – qui peuvent faire l'objet d'une transaction, à l'exception des litiges portant sur la pension alimentaire* ».

15. Cette règle a donné lieu à un débat foudroyant, tant dans la doctrine que dans la pratique, portant des interrogations particulièrement sur l'arbitrabilité des litiges concernant les décisions prises par les sociétés commerciales<sup>31</sup>. Les doutes concernaient non seulement la nature ambiguë de la notion de transigibilité, mais ils mettaient également en cause la nécessité de l'application de ce critère aux droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux. La position équivoque du tiret dans la formulation du texte a divisé les représentants de la doctrine entre les « plus » et les « moins » libéraux. Cependant, il résulte de l'analyse du processus législatif, des enregistrements sonores, des réunions du sous-comité parlementaire, de l'interprétation des discussions portant sur la disposition de l'art. 1157 du pCPC et de l'interprétation historique de la législation polonaise portant sur le droit de l'arbitrage que le caractère limitatif du critère de l'aptitude à la transaction, tel que modifié en 2005, se réfère à la fois aux droits patrimoniaux et non-patrimoniaux<sup>32</sup>.
16. La réforme du droit polonais de l'arbitrage de 2005 soulève la question de savoir si, en adoptant le critère de la transigibilité et en rejetant la référence à la capacité à s'obliger, n'aurait pas rétréci le champ des litiges arbitrables au lieu de l'élargir. En faisant appel à un critère largement dépassé, même dans les systèmes juridiques de tradition

---

*Droit processuel. Droit commun du procès*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, Paris 2003, n°585. Eu égard au fait que le terme « transigibilité » n'est pas étranger à la doctrine du droit de l'arbitrage en France, nous allons employer cette notion dans le sens de l'objet d'une transaction juridique – « *le contrat par lequel les parties mettent fin à un litige ou l'évitent en se consentant des concessions réciproques* »; cf. frCc - articles 890, 2044-2052 et frCPC - articles 384 et 1441-4. Ce sens doit être distingué de celui, provenant du langage courant, désignant toute sorte d'échange commerciale, v. R. Cabrillac, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, Paris 2008. Cf. également *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>31</sup> V. not. A. Szumański, « Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sporach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych », In Ł. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar (éd.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Prof. M. Pazdana*, Zakamycze, Kraków 2005, pp. 540 – 567.

<sup>32</sup> A.W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrażowa », In A. Szumański (éd.), *Arbitraż handlowy, op. cit.*, p. 234. L'auteur a examiné les documents sonores de la réunion de la sous-commission de la Commission de Codification du Droit Civil du 2 Mars 2005.

germanique, le législateur polonais a décidé d'introduire une solution excluant de la compétence des tribunaux arbitraux les litiges concernant certains droits patrimoniaux. Ce choix du législateur polonais semble creuser davantage l'éloignement du droit polonais de l'arbitrage des tendances favorables à celui-ci. A la lumière de ces observations, la réforme de 2005 du régime de l'arbitrabilité objective en Pologne semble erronée et justifie des adaptations par rapport aux mouvements libéraux en arbitrage qui marquent les traditions juridiques européennes et mondiales. L'article 1157 du plCPC, tel que modifié par ladite réforme, souffre en effet d'une double ambiguïté. D'une part, comme mentionné ci-dessus, il est porteur d'une première ambiguïté sémantique, en ce que la notion d'aptitude à la transaction manque de clarté. D'autre part, il est marqué par une ambiguïté rédactionnelle, la position du tiret, comme évoqué, reste imprécis.

17. Ainsi, dès lors que la formulation de l'arbitrabilité objective dans le plCPC n'était pas apte à répondre aux exigences du marché économique moderne et qu'elle ne pouvait pas être traitée comme un critère efficace de l'arbitrabilité, le législateur polonais a finalement modifié ce critère en 2019<sup>33</sup>. L'article 1157 du plCPC se lit désormais comme suit : « *Sauf indication contraire, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage les différends concernant : 1) les droits patrimoniaux à l'exception des litiges portant sur la pension alimentaire, 2) les droits extrapatrimoniaux, s'ils peuvent faire l'objet d'une transaction* ». Le législateur polonais a donc éliminé une ambiguïté rédactionnelle, en précisant la portée de la transigibilité en tant que critère de l'arbitrabilité, qui a été retenu que pour les litiges extrapatrimoniaux.
18. Les recherches servant de base de la présente étude ont été achevées en 2018 et ont été inspirées par le débat doctrinal concernant la nécessité de modification du critère de l'arbitrabilité introduit en droit polonais en 2005. Cependant, la réforme de 2019 confirme les postulats présentés ci-dessous, et les analyses apportées par la présente étude, quoique présentées notamment sous l'angle critique par rapport au droit polonais

---

<sup>33</sup> Loi du 31 juillet 2019 relative à la modification de certaines lois (*Ustawa z dnia 31 lipca 2019 r. o zmianie niektórych ustaw w celu ograniczenia obciążeń regulacyjnych*, Dz.U. de 2019 pos. 1495), entrée en vigueur le 8 septembre 2019.

de l'arbitrage existant entre 2005 et 2019, restent d'actualité pour les recherches de droit comparé sur la notion d'arbitrabilité.

## ***b. Méthodologie de l'étude***

19. La *favor arbitrandum* est incarnée sous différents aspects, tant dans le droit que dans la doctrine de l'arbitrage. Si l'arbitrabilité des litiges, notamment dans un contexte de droit comparé, en constitue un aspect, la *favor arbitrandum* ne peut pas constituer le seul prisme par lequel il faut comprendre la tendance extensive de l'arbitrabilité. En effet, la méthodologie comparative implique d'inscrire cette tendance dans un contexte historique, culturel et normatif caractéristique d'une législation donnée<sup>34</sup>. De ce fait, la présente étude portant sur la réglementation polonaise en matière d'arbitrabilité, la perspective comparative constituée par l'analyse d'un panorama de solutions adoptées dans d'autres ordres juridiques jouera un rôle crucial.
20. La typologie de Zweigert et Kötz qui décomptent des « cercles de droit » (*Rechtskreise*)<sup>35</sup> sert de matrice à la détermination des contours de la notion d'arbitrabilité dans le cadre de la présente étude. Mettant l'accent sur les difficultés de classement des systèmes juridiques au sein de l'Europe continentale, ces auteurs remettent en question le concept d'unicité de la famille romano-germanique, soutenu dans la conception de David<sup>36</sup> et Malmström<sup>37</sup>. Pour Zweigert et Kötz, et à l'instar de la typologie d'Arminjon, Nolde et Wolff<sup>38</sup>, il s'agit de concevoir séparément la famille germanique, constituée notamment des systèmes juridiques allemand, autrichien et

---

<sup>34</sup> Th. Rambaud, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, Paris 2014, p. 27, cf. également M. Rotondi, « Technique du droit, dogmatique et droit comparé », *RIDC* 1968, 20 (1), p. 14.

<sup>35</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law* (3 éd., trad. par T. Weir), Oxford University Press, New York 1998, pp. 68 et s.

<sup>36</sup> R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1950, p. 222 ; R. David, C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris 1988.

<sup>37</sup> Å. Malmström, « The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in Comparable Law », *Scand. Stud. L.* 13, 1969, p. 127.

<sup>38</sup> P. Arminjon, B. Nolde, M. Wolff, *Traité de droit comparé*, vol. I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1950, pp. 42-53.

suisse, et la famille des droits romanistes, parmi lesquels on compte le système juridique français et de l'ensemble des pays ayant adopté le Code civil français, tels que l'Espagne, le Portugal et l'Afrique du Sud. Ils estiment, en effet, que la conception unitaire se justifie dans une démarche distinctive par rapport au système issu de la Common Law. Elle se révèle trop simpliste pour appréhender les raisonnements juridiques divers dans le groupe des droits romanistes et germaniques<sup>39</sup>, lesquels découlent soit de l'adoption du Code civil français et sa logique « politique », soit des codifications germaniques influencée par la technique juridique formelle.

21. Le choix d'une approche spécifiquement franco-polonaise pour la présente étude commandait une prudence particulière quant à la diversité des concepts juridiques au sein de la famille romano-germanique. Cette diversité s'exprime notamment au niveau des concepts-clés tels que le concept d'ordre public, enracinant la notion d'arbitrabilité<sup>40</sup>. L'étude comparative sur l'arbitrabilité en droit polonais et en droit français exigeait donc de mettre l'accent sur ces divergences notionnelles et conceptuelles.
22. Tentant d'apporter des solutions spécifiques au cadre normatif polonais, la présente thèse envisage une analyse synthétique de la réglementation de l'arbitrabilité objective et de ses applications pratiques sur le plan national et international. Dans cette perspective, seront recherchées, dans le cadre de l'arbitrage commercial, les solutions envisagées dans les systèmes romanistes (notamment le droit français, belge et suisse), germaniques (notamment le droit polonais, tenant compte de son enracinement en droit allemand) et, dans une moindre mesure, du système de *Common Law* (notamment le droit britannique et le droit américain). Malgré l'appartenance à la même famille juridique de tradition romano-germanique, les solutions romanistes et germaniques seront analysées séparément, afin de détecter celles étant plus libérales et représentant au mieux les tendances actuelles. À cet égard, la présente étude interroge l'ensemble

---

<sup>39</sup> Comme le décrit Th. Rambaud, *op. cit.*, p. 67, Zweigert et Kötz mettent à cet égard l'accent sur le « *style* » des systèmes juridiques, (...) l'archétype du juriste, de la langue législative, de la forme des jugements (...), concernant ces aspects « les droits allemand et français diffèrent suffisamment pour constituer deux ensembles distincts ».

<sup>40</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre, Chapitre I, Section II.

des interprétations traditionnelles de la notion d'arbitrabilité dans la plupart des pays du système continental. Cette approche différenciée au sein de la famille de tradition romano-germanique est d'autant plus justifiée que les principes favorables à l'arbitrage adoptés par les pays romanistes les rapprochent davantage des formules adoptées dans les systèmes de Common Law et les éloignent des pays de tradition germanique, dont les solutions limitatives se servent du critère d'aptitude à la transaction<sup>41</sup>.

23. D'un point de vue théorique, l'évaluation du critère libéral d'arbitrabilité, le mieux adapté au système juridique polonais, demande d'étudier les ordres juridiques européens à travers l'analyse des textes législatifs, de la doctrine et de la jurisprudence. À cet égard, l'analyse de l'histoire du développement, du niveau de l'uniformité et des principes philosophiques des critères de l'arbitrabilité dans les traditions juridiques en Europe se concentrera sur le phénomène de *favor arbitrandum*. Les résultats de ces analyses se concentrent, en particulier dans le contexte du droit polonais, sur les postulats *de lege lata* et de *lege ferenda* concernant le régime de l'arbitrabilité.
24. Si une partie de la doctrine a déjà écrit l'annonce nécrologique de l'inarbitrabilité, comme le fait M. Youssef en constatant la « *mort de l'inarbitrabilité* »<sup>42</sup>, il n'en demeure pas moins que l'étude du cas polonais démontre que la détermination du régime de l'arbitrabilité demeure d'actualité, notamment dans la perspective des tendances législatives *in favorem arbitrandum*. À cet égard, M. Hanotiau affirme que l'« *on voit [...] de plus en plus la favor arbitrandum dominer la détermination de l'arbitrabilité des litiges* »<sup>43</sup>, exprimant ainsi l'opinion dominante en droit de l'arbitrage depuis une trentaine d'années. Selon cet auteur, ce phénomène de *principe de favor arbitrandum* « [...] doit guider le juge en cause de doute sur l'arbitrabilité des litiges »<sup>44</sup>. Au sein de la doctrine francophone, la tendance est à la neutralisation

---

<sup>41</sup> Toutefois, les pays germaniques ont réformé leur régime de l'arbitrabilité objective bien avant le législateur polonais. Le législateur autrichien a entièrement rejeté le critère équivoque de l'aptitude à la transaction à l'occasion de la révision de la loi d'arbitrage en 2006.

<sup>42</sup> En ce sens, K. Youssef, *op. cit.*, pp. 47-68.

<sup>43</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *JDI* 1994 (4).

<sup>44</sup> *Ibid.*, n° 35.



des dispositions défavorables à l'arbitrabilité, comme l'évoque Mme Bernheim-Van de Castele. Elle s'exprime par l'éviction de la disposition modèle des contours de l'arbitrabilité et une application minimaliste des prohibitions à l'arbitrage<sup>45</sup>. D'autres auteurs relativisent ce phénomène en postulant des concepts universels, comme l'arbitrabilité transnationale<sup>46</sup> ou la présomption d'arbitrabilité<sup>47</sup>.

25. La présente étude, concentrée spécifiquement sur la notion d'arbitrabilité, appelle également une précision du concept de la *favor arbitrandum* dans le contexte de l'arbitrabilité. Notre objectif serait de postuler l'existence de tendances du droit de l'arbitrage, directement liées au concept de l'arbitrabilité. Dès lors, notre démonstration ne sera pas uniquement dirigée vers l'identification des limites de la liberté contractuelle à travers le phénomène plus général de la *favor arbitrandum*. Nous interrogeons également la capacité des tendances favorables à l'arbitrabilité à concrétiser la *favor arbitrandum* et à constituer un phénomène *sui generis* qui, en soi, dépasse dans une certaine mesure la notion de *favor arbitrandum* sans s'y nécessairement assimiler.
26. Pour pouvoir détecter le phénomène de libéralisation du régime de l'arbitrabilité, il nous paraît utile d'analyser les principes fondamentaux de l'arbitrage à travers lesquels

---

<sup>45</sup> L. Bernheim van de Castele, *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles 2012, pp. 175 et s.

<sup>46</sup> M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice », *Columbia Journal of Transnational Law*, 42 (3), 2003-2004, pp. 753 et s.

<sup>47</sup> J.R. Nelson, « Judge-Made Law and the Presumption of Arbitrability: *D. L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd.* », *Brooklyn Law Review* 1992, 58 (2), pp. 279-345; J.W. Stempel, « A Better Approach to Arbitrability », *Tulane Law Review* 1991 (65), pp. 1377 et s.; S.C. Bennett, « The Developing American Approach to Arbitrability », *Dispute Resolution Journal* 2003, 58 (1), pp. 8-22; T. E. F. Carbonneau, « Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concept of Arbitrability », *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* 1993/1994 (2), pp. 193-222. V. également la conception des modèles législatifs élaborée par N. Bakic, *op. cit.*, p. 48. « Une trentaine d'années après la décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Mitsubishi c. Soler Chrysler* il faut poser la question si la bataille de l'arbitrabilité est une bataille gagnée ? » (traduction libre) - cette question est posée par K. Youssef dans son essai, v. K. Youssef, *op. cit.*, p. 64-67, citant les observations de M. Carbonneau sur les tendances émergentes en mouvement loin de la perception libérale de l'arbitrabilité des litiges aux États-Unis. Récemment, le problème de l'arbitrabilité transnationale a été rappelé par M. P. Perales Viscasillas, « Is a uniform arbitrability rule needed at International Level ? », *Kluwer arbitration blog*, 5 janvier, 2016, disponible en ligne : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/05/is-a-uniform-arbitrability-rule-needed-at-an-international-level/>; v. également les propositions de la CNUDCI, *Settlement of commercial disputes. Possible future work in the field of settlement of commercial disputes*, Vienne: NU, le 5 avril 2006, n° 8, A/CN.9/610, 5 Avril 2006, p. 3.

seront recherchées les tendances strictement favorables à celle-ci<sup>48</sup>. On notera d'emblée que l'arbitrage est fondé sur des principes normatifs<sup>49</sup>, parmi lesquels on compte notamment des principes largement étudiés par la doctrine tels que le principe de l'autonomie de la clause compromissoire ou le principe de compétence-compétence<sup>50</sup>. Si de tels principes occupent une place importante en ce qu'ils ont mobilisé l'intérêt de la doctrine et de la pratique, leur prolifération excessive présente par contre le risque de contraindre le recours aux principes « nouveau-nés », auxquels on reprocherait un manque de consistance normative et un caractère dogmatique et « usurpé »<sup>51</sup>. De tels principes ne constituent plus des sources *extra legem* et ne sont plus autonomes ni à la jurisprudence, ni à la loi<sup>52</sup>. Il semble que cette critique mérite une attention de la pratique et de la doctrine en droit de l'arbitrage, en ce qu'elle présente les risques de casuistique jurisprudentielle qu'elle révèle. Par conséquent, bien que – suivant la terminologie de M<sup>me</sup> Bernheim-Van de Castele – la réflexion approfondie et complexe sur les principes «visables» ne soit pas exclue même aux yeux des auteurs hostiles à une prolifération des principes, une conceptualisation des principes potentiellement

---

<sup>48</sup> Le principe peut être défini comme « *la règle ou la norme générale, de caractère non juridique, d'où peuvent être déduites des normes juridiques* » : cf. G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, Paris 2018

<sup>49</sup> L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, n° 12, p. 48.

<sup>50</sup> La doctrine française dénonce même la prolifération des principes dans le droit de l'arbitrage, prononcés principalement sous forme de visa dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ce phénomène concerne depuis 1981 surtout l'arbitrage international, cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1981, *Bull. civ.*, I, n° 287, *JDI* 1982, p. 931, note Delvolvé ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 2005, *NIOC c. Israël*, *Rev. arb.*, 2005, p. 693, note Muir-Watt. Pour une liste compète de la jurisprudence française concernant le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage, le principe de validité de la clause d'arbitrage international, le principe de compétence-compétence, le principe d'impartialité de l'arbitre, le principe d'égalité des parties dans la désignation de l'arbitre, le principe de délai fixé par les parties dans lequel les arbitres doivent accomplir leur mission, v. L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, notes de bas de page n°s 55 – 60, p. 47.

<sup>51</sup> A titre d'exemple, P. Morvan dégage un groupe de principes instrumentaux « *dont l'action se borne exclusivement à opérer un déplacement de règles de droit au sein de l'ordre juridique et entre les ordres juridiques* », v. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, Panthéon-Assas (éd.), Paris 1999, n° 720. De tels principes masquent, selon cet auteur, la discrétion de ceux qui les emploient. Par exemple, la catégorie générale des « *principes de l'arbitrage commercial international* » et son emploi par la Cour de Cassation peut susciter des doutes quant à son caractère objectif. L. Bernheim-Van de Castele présente à son tour la critique du principe de validité de la clause compromissoire dans l'arbitrage international « *que la Cour de cassation manipule comme un véritable principe normatif de l'arbitrage* » : v. L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, p. 48.

<sup>52</sup> Parmi les éléments constitutifs d'un principe normatif, L. Bernheim-Van de Castele mentionne son caractère *extra-legem*, notamment son autonomie par rapport à la jurisprudence et aux textes de loi et son action fondamentale sur le droit positif, c'est-à-dire son caractère intemporel, v. L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, p. 45.

envisageables, étant les « *poseurs de normes juridiques qui agissent dans l'ombre* » et qui, contrairement aux principes « *visés* », « *n'ont pas été encore formalisés comme tels* », demeure un enjeu risqué<sup>53</sup>. Rien n'empêche pourtant que leur identité puisse être dévoilée à l'aide de nouveaux concepts ou, au moins, à travers une nouvelle piste d'analyse des tendances existantes.

27. N'ayant pas pour objet de révéler de nouveaux principes, la présente étude de l'essor du domaine arbitral sera donc fondée sur les principes déjà élaborés par la doctrine de l'arbitrage. Selon nous, une telle approche peut former un socle de réflexion pour des analyses ultérieures relatives à l'identification éventuelle des concepts novateurs portant strictement sur l'arbitrabilité<sup>54</sup>. Ainsi, l'identification et l'analyse des tendances favorables à l'arbitrabilité permettront de répondre à la question portant sur la nature de l'arbitrabilité transnationale, approche qui n'a pas encore été clairement analysée en doctrine<sup>55</sup>.

### ***c. Hypothèses et plan de l'étude***

28. La présente étude est bâtie sur les hypothèses suivantes :

---

<sup>53</sup> Cf. pourtant l'opinion partiellement contraire de L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, p. 48 ; P. Morvan, *op. cit.*, n° 720.

<sup>54</sup> Alternativement, selon M. Hanotiau, on pourrait analyser l'ensemble des tendances favorables à l'arbitrabilité sous l'angle d'un principe juridique, v. B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 35. Selon L. Bernheim-Van de Castele, l'extraction d'un principe permet sa « *réimplantation* » dans le système juridique « *au sein duquel il gravite* ». Grâce à cela, le principe devient « *un poseur de normes juridiques et peut être opposé à la loi pour neutraliser sa portée* », L. Bernheim-Van de Castele, *op. cit.*, p. 55. Une telle approche nous semble pourtant poussée trop loin et excède l'objectif de la présente étude.

<sup>55</sup> La littérature conceptualise la notion d'arbitrabilité transnationale dans des termes généraux, cf. not. M. Lehmann, *op. cit.*, p. 753 et s.; S. L. Brekoulakis, « Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited *lex fori* », In L. Mistelis, S. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 101-121; M. Seelig-Louise, « The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility », *Belgrade Law review* 2009, 57 (3), pp. 116-134; L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis, « On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern », In L. Mistelis, S. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 19-45; K. H. Böckstiegel, « Passé, présent et les perspectives futures de l'arbitrage », *L'arbitrage international*, 2009, 25 (3), pp. 300-302; A. Tweeddale, K. Tweeddale, *Arbitration of commercial disputes, International and English law and practice*, Oxford University Press, Oxford 2005, p. 107 ; dans la littérature polonaise cf., entre autres, R. Stefanicki, « Arbitraż w sprawach konsumenckich – zagadnienia wybrane (głos w dyskusji) », *ADR* 2009, 2 (6) , p. 65.

29. **Hypothèse 1:** La réglementation polonaise de l'arbitrabilité, basée sur l'ancien modèle tiré des droits d'origine germanique, n'a pas rempli son rôle en tant qu'indicateur pertinent des litiges arbitrables. À la lumière des tendances visant à accroître la popularité de l'arbitrage commercial, le critère de transigibilité paraît moins efficace que le critère de l'arbitrabilité illimitée pour ce qui concerne les litiges patrimoniaux.
30. **Hypothèse 2 :** À la suite des processus de libéralisation du droit de l'arbitrage dans les ordres juridiques avec une longue tradition de celui-ci, il s'est développé un concept d'arbitrabilité « transnationale ». En tant qu'effet final de « l'harmonisation » des droits de l'arbitrage, il mérite d'être précisé en droit continental.
31. **Hypothèse 3:** La libéralisation des critères d'arbitrabilité implique une insécurité juridique et la nécessité de redéfinir des limites de l'arbitrabilité, conformément aux exigences du circuit économique et juridique. La fiabilité du droit et de la procédure d'arbitrage rapprocherait la Pologne du groupe des pays « favorables à l'arbitrage ».
32. A titre préalable, notre étude des tendances favorables à l'arbitrabilité se fera par une conceptualisation de ses fondements théoriques, que nous proposons de présenter à partir de l'axe historique du développement des conceptions de l'arbitrage. Une telle approche, concentrée sur la nature intrinsèque de celui-ci, permet de dégager la nature de faveur pour l'arbitrabilité (**Chapitre préliminaire**).
33. En premier lieu, la présente étude portera sur la notion d'arbitrabilité. À cet égard, nous allons analyser les tendances favorables à l'arbitrabilité comme l'implication logique de la sphère normative tracée par le phénomène de faveur pour le consentement à l'arbitrage et celui de validité de la convention d'arbitrage<sup>56</sup>. Le concept d'arbitrabilité ainsi construit met certainement à l'épreuve les solutions adoptées par des législations nationales moins ouvertes à l'arbitrage<sup>57</sup>, dans lesquelles la réglementation libérale de l'arbitrabilité demeure problématique. L'étude des critères de soumission des litiges à

---

<sup>56</sup> Cf. le schéma proposé par L. Bernheim-Van de Casteele, *op. cit.*, p.76.

<sup>57</sup> En ce sens, *ibid*, pp. 63 – 65.

l'arbitrage est pourtant plus complexe à cet égard et devrait être enrichie par l'analyse de la géométrie variable de l'arbitrabilité en droit comparé. En ce sens, nous préciserons les contours du sujet de notre recherche tant en arbitrage interne qu'en arbitrage international (**Partie I**).

34. En deuxième lieu, contrairement aux voix parfois radicales dans la littérature internationale, postulant la disparition complète de la notion d'inarbitrabilité<sup>58</sup>, notre étude aura pour but de mettre en exergue des aspects problématiques des tendances législatives et doctrinales opérant *in favorem arbitrandum*. Ce ne sont que des critères normatifs ambigus de l'arbitrabilité qui peuvent être à l'origine de l'incertitude juridique, notamment dans le domaine des transactions internationales. La libéralisation des restrictions du champ des litiges arbitrables par les législateurs démontre clairement l'existence de zones « sensibles »<sup>59</sup> du circuit économique et juridique<sup>60</sup>. Grâce à cette démarche, la frontière floue devient plus apparente entre ce qui est déjà arbitrable et ce qui est toujours exclu de l'arbitrage<sup>62</sup>. Pourtant, la doctrine étudie rarement les questions controversées des liens de l'arbitrabilité et de la force obligatoire des décisions des arbitres, dépassant le caractère contractuel de la clause d'arbitrage<sup>63</sup>. Ces interrogations portent de manière générale sur le problème de la

---

<sup>58</sup> K. Youssef, *op. cit.*, pp. 47-68.

<sup>59</sup> En particulier, il convient de noter que les matières transversales, comme le droit de la propriété intellectuelle comprenant des règles de droit public et de droit privé, constituent depuis des décennies l'objet d'analyses doctrinales discutant leur caractère potentiellement arbitrable. La problématique de l'arbitrage des litiges relatifs à la propriété intellectuelle devrait être considérée comme un exemple de modèle des différends comprenant un élément de droit public. Les raisons les plus importantes qui empêchent l'arbitrabilité de ce type de litiges sont: la reconnaissance des normes régissant la politique de la propriété intellectuelle en termes d'ordre public, l'impossibilité de disposer d'un droit subjectif faisant l'objet du différend, l'effet *inter partes* de la sentence arbitrale et la compétence exclusive – respectivement des tribunaux étatiques ou des autorités compétentes dans le règlement de ces litiges, cf. *infra* Partie II, Chapitre, II Sections I et II.

<sup>60</sup> D. Girsberger, N. Voser, *International arbitration in Switzerland*, Schulthess, Zürich 2012, pp. 88 et s.

<sup>61</sup> Relevant notamment de la compétence exclusive des tribunaux de l'État, insistant particulièrement sur la protection des parties faibles et des droits des tiers ou en matière de droit de la famille.

<sup>62</sup> J. Walker, « Arbitrability, Are there limits? » *London Court of International Arbitration Symposium: The promise of International Commercial Arbitration*, Montréal, octobre 2004, disponible en ligne: <http://ssrn.com/abstract=1490744>.

<sup>63</sup> O. Sandrock, « The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma still Unresolved », In Th. Baums, K. J. Hopt, N. Horn. (éd.), *Corporations, Capital Markets and Business in the Law, Liber amicorum Richard M. Buxbaum*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2000; sur l'arbitrage multilatéral et la nature de la sentence arbitrale, traditionnellement dotée d'un

nature des limites de l'arbitrage et semblent indiquer la nécessité de leur réexamen. Cela se fera non seulement en termes de réduction du rôle déjà limité de l'ordre public, mais aussi dans le contexte de l'adaptation du domaine arbitrable aux litiges sur les biens et droits extrapatrimoniaux et la distinction entre la sphère « privée et public ». Le but de l'étude, qui porte sur plusieurs matières du droit privé, sera donc de vérifier dans quelle mesure la libéralisation des critères de l'arbitrabilité cause l'incertitude juridique et implique la nécessité de redéfinition des limites de la juridiction privée, en conformité avec les exigences juridiques et les attentes socio-économiques du monde actuel (**Partie II**).

---

effet *inter partes*, v. B. Hanotiau, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, The Hague 2005, pp. 28-35.

## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. L'ÉVOLUTION DU CONCEPT D'ARBITRABILITÉ: PERSPECTIVE HISTORIQUE

1. En raison des buts de cette étude, nous allons adopter une approche détectant des indications historiques des théories de l'arbitrage faisant preuve de développement de l'arbitrage et visant à cerner une définition positive de l'arbitrabilité. Selon M. Level, cette dernière est perçue « *moins comme l'expression d'une dérogation à la juridiction ordinaire que sous l'aspect d'une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux* »<sup>64</sup>. Cette conception « *pourrait tendre à situer l'arbitrage et l'arbitrabilité comme une exception à la juridiction de l'État* »<sup>65</sup>. D'après le même auteur, d'un point de vue historique, il est également possible d'observer « *la coexistence du pouvoir régalien de rendre la justice et de la mission donnée par des personnes en conflit à un tiers personnage de mettre fin à celui-ci* »<sup>66</sup>. La nature de l'arbitrage et sa portée face à la juridiction étatique examinée sous l'angle des théories de l'arbitrage semble, par conséquent, pouvoir expliquer le concept d'arbitrabilité et ses limites. Lesdites théories présentent la relation entre l'État (l'intérêt commun) et la juridiction privée (les intérêts individuels). Elles révèlent le degré de confiance octroyé à l'arbitrage et précisent sa place face à l'intérêt public<sup>67</sup>. C'est dans leur cadre que la volonté des parties met en place la justice privée et marque son rôle dans l'espace juridique dominée par une justice étatique<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> P. Level, « L'arbitrabilité », *op.cit.*, p. 213.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>67</sup> Cf. également B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris 1998, pp. 72 et s.

<sup>68</sup> Il convient de noter toutefois que, dans la pratique, l'intérêt public et privé dans les juridictions publiques et privées ne sont pas équilibrés, l'indication des limites des pouvoirs des tribunaux d'arbitrage à travers l'arbitrabilité restant dans ce contexte une forme de contrôle de l'État sur la juridiction privée, v. M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationale Rechtsprinzip*, Nomos, Baden – Baden 2003, p.147 ; cf. en littérature polonaise A. Suszał, *Zdatność arbitrażowa w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, thèse de doctorat non publiée, Faculté de Droit et d'Administration, Université Jagellonne, Kraków 2015, p. 9 ; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, C. H. Beck, Warszawa 2007, p. 97 ; K. Ryszkowski, « Klauzula porządku publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym a zdatność arbitrażowa », *ADR, Arbitraż i mediacja*, 2013, 1(21), p. 77 - 78.

2. Pourtant, avant d'examiner la nature de l'arbitrage et l'impact possible des courants théoriques (contractuels et juridictionnels) sur le développement de la notion d'arbitrabilité, il convient de clarifier certaines nuances, parmi les classifications doctrinales, qui peuvent aboutir à une confusion entre le type de l'arbitrage (contractuel/juridictionnel) et les théories de l'arbitrage (contractuelle/juridictionnelle). Il est donc indispensable de souligner que ces distinctions se situent sur différents niveaux d'analyse. Le premier concerne le modèle d'arbitrage et son incidence sur le caractère de la sentence arbitrale. Le second vise à cerner la nature de l'arbitrage en tant que telle. Les théories de l'arbitrage tracent dans ce contexte un champ d'analyse subordonné en effet à l'arbitrage juridictionnel<sup>69</sup>. Nous estimons néanmoins qu'en raison d'un chevauchement entre ces deux distinctions, une certaine analyse de l'arbitrage contractuel peut répondre aux hypothèses de la théorie contractuelle dans sa version la plus radicale<sup>70</sup> et chacune d'elles peut jeter la lumière sur le développement historique de la *favor arbitrandum*.
3. Pour ces raisons, il nous appartient, d'abord, d'étudier la dichotomie inhérente à la nature de l'arbitrage, en distinguant l'arbitrage contractuel de l'arbitrage juridictionnel (**Section préliminaire**), pour arriver, ensuite, à l'analyse de relation entre la succession dans le temps des théories de l'arbitrage et l'essor du principe de liberté contractuelle<sup>71</sup>. Une analyse synthétique de ce problème est difficile à trouver, non seulement dans la littérature polonaise<sup>72</sup>, mais également dans la littérature de droit comparé. Cette lacune concerne surtout la notion d'arbitrabilité<sup>73</sup>. Il faudra donc essayer de compléter les travaux sur ce sujet en étudiant, dans un premier temps, le rapport entre l'arbitrabilité

---

<sup>69</sup> Il serait donc peut-être envisageable, et plus pratique, d'utiliser la distinction entre l'arbitrage judiciaire et l'arbitrage non-judiciaire.

<sup>70</sup> Comme présenté dans la littérature polonaise, cf. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*. *op. cit.*, n° 3, p. 36.

<sup>71</sup> *Ibid.*, n° 3 p. 35.

<sup>72</sup> Cf. toutefois *ibid.*, pp. 35 - 48; A. Szumański, « Charakter prawny arbitrażu handlowego », *op. cit.*, n°s 84 - 97, pp. 39 - 41.

<sup>73</sup> Parmi les exceptions, v. J. D. M. Lew, L.A. Mistelis, S. M. Kroell, *op. cit.*, pp. 71 – 82; A. Samuel, *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. And West German Law*, Schulthess Verlag, Zürich, 1989, pp. 31 – 74; J. Rubellin-Devichi, *Arbitrage. Nature juridique, Droit interne et droit international privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1965, pp. 10 - 25.



et la théorie contractuelle d'abord (**Section I**), puis, dans un deuxième temps, la théorie juridictionnelle (**Section II**), avant de passer, finalement, à l'analyse de sa vision hybride, constituant la synthèse des courants précédents (**Section III**).

#### SECTION PRÉLIMINAIRE. RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRABILITÉ A LA LUMIÈRE DE LA NATURE DE L'ARBITRAGE

4. Eu égard à l'accent que nous plaçons, dans la présente étude, sur la liberté individuelle au sens large et la liberté contractuelle en arbitrage au sens stricte du terme, nous allons mettre en évidence la possible relation entre la *favor arbitrandum* et le degré d'acceptation des éléments contractuels au sein des méthodes de résolutions des litiges dans les ordres juridiques<sup>74</sup>. En ce sens, les différences entre l'arbitrage contractuel et juridictionnel ont été minutieusement étudiées par la littérature juridique<sup>75</sup>. Cependant, alors que les auteurs polonais mettent l'accent sur le caractère exécutoire de la décision prise par un tiers, en tant que critère de distinction entre l'arbitrage et les autres formes alternatives de résolution des conflits (la négociation, la médiation et la conciliation), ainsi que sur l'existence d'un litige comme critère séparant l'arbitrage commercial et l'arbitrage-expertise<sup>76</sup>, les auteurs francophones emploient le même critère pour

---

<sup>74</sup> D'après A Kassis la doctrine a longtemps examiné la nature juridique de l'arbitrage juridictionnel, ce qui a opposé les partisans de la théorie juridictionnelle (« *l'arbitrage s'épuise dans sa nature de juridiction* ») aux tenants de la théorie contractuelle qui, inspirés par les paradigmes du droit international privé, estimaient que « *la sentence arbitrale tire du compromis toute sa substance et possède, comme le compromis, le caractère du contrat* », v. A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, t. I, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, LGDJ, Paris 1987, n° 41, p. 27. Ce problème sera étudié dans la sous-section suivante.

<sup>75</sup> Cf. B. Oppetit, « Arbitrage Juridictionnel, arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.*, 1977, pp. 315-326; B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., pp.73 - 81; A Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, vol. I: *Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, Paris LGDJ, 1987, pp. 27 - 90. Le terme « duale » (« *nature juridique duale de l'arbitrage* ») a été récemment employé par Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris 2013, n° 15, pp. 21 et s.

<sup>76</sup> A. Szumański, « Charakter prawny arbitrażu handlowego », op. cit., n° 40, p. 23.

opposer l'arbitrage contractuel<sup>77</sup> à l'arbitrage juridictionnel<sup>78</sup>. Le noyau dur de cette typologie repose ainsi sur la nature de l'intervention d'un tiers. Il est donc possible de constater que l'arbitrage contractuel, contrairement à l'arbitrage juridictionnel, renvoie, dans ce contexte, à toutes les formes non-contraignantes de résolution des litiges<sup>79</sup>.

5. « [S]usceptible de revêtir une double acceptation »<sup>80</sup>, le concept d'arbitrage se caractérisait déjà par un tel dualisme en droit romain, ancêtre des droits de la famille romano-germanique. L'antiquité romaine discernait *l'arbitrium boni viri* qui soumettait le litige à un « arbitrator », de l'arbitrage *ex compromisso* où le jugement était rendu par un arbitre et son exécution garantie par une sanction (*poena*)<sup>81</sup>. Les juridictions modernes ont repris cette double logique<sup>82</sup> et distinguent – comme présenté

---

<sup>77</sup> D'après A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international*, op. cit., n° 141, p. 87 : « [l']arbitrage contractuel suppose l'existence d'un litige. Il suppose aussi la volonté des parties de régler ce litige à l'amiable, c'est-à-dire entre elles, d'une manière contractuelle, sans avoir recours à un juge étatique ou à un arbitre du Code de procédure civile, juge privé choisi pour trancher le litige d'une manière impérative, par un commandement qui s'impose à elles en tant que tel ».

<sup>78</sup> Toutefois, le critère de l'existence de litige est jugé insuffisant et d'autres critères sont cités, comme le consentement des parties pour doter un tiers d'un pouvoir juridictionnel, les prétentions antagonistes et l'intentions des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage, cf. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., pp. 73 et s. En raison de l'arbitrage d'un tiers prévu à l'art. 1592 du frCc., la jurisprudence française a particulièrement mis l'accent sur la nature juridique de l'arbitrage prévu pour la fixation des prix de vente et des loyers, v. CA Paris, 1 mars 1951, *D.* 1951, p. 315; Cass. com., 8 mai 1961, *Bull. civ.*, n° 192, p. 169; Cass. 2° civ., 25 mai 1962, *Rev. arb.*, 1962, p. 102.

<sup>79</sup> B. Oppetit constate également le chevauchement terminologique de la notion de l'arbitrage en droit français en affirmant que « [d] 'une étude du droit positif français de l'arbitrage se dégage le sentiment irritant d'avoir affaire à un concept à contenu variable : sur la base des mêmes critères et dans des situations quasiment identiques, l'intervention d'un tiers reçoit, au fil des espèces, des qualifications totalement contradictoires de la part des tribunaux ou même de l'administration chargé d'interpréter des textes ou des conventions », v. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit., pp. 73 et s.

<sup>80</sup> B. Oppetit, « Arbitrage Juridictionnel, arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », op. cit., n° 75, pp. 315 et s.

<sup>81</sup> B. Oppetit, « Arbitrage Juridictionnel, arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », op. cit., pp. 315 et s. A. Kassis souligne, néanmoins, que ces deux formes d'arbitrage « sont purement contractuelles et n'ont rien à voir avec l'arbitrage juridictionnel de nos jours », cf. A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage (...)*, op. cit., p. 37.

<sup>82</sup> *Arbitrato rituale et arbitraggio/arbitratio libero/irrituale* en Italie, comme le décrit B. Oppetit, « Arbitrage Juridictionnel ... », op. cit., p. 315 et s. en évoquant les analyses de Bove et de Marinelli. Cf. les termes utilisés en droit comparé : « *Schiedsgerichten* » et « *Schiedsgutachten* » en Allemagne ; « *arbitration* » et « *appraisement* » en Angleterre. Le droit polonais médiéval connaissait une méthode contractuelle de résolution des litiges, reconnue sous le nom de « conciliation » (« *jednanie się* »/pl.), cf. R. Balicki, « *Sądownictwo polubowne w Polsce* », *Przegląd Prawa i Administracji* 2003, vol. LIV, p. 36.

ci-dessus – entre l'arbitrage non-contraignant (judiciaire), l'arbitrage-expertise, l'arbitrage de qualité et l'arbitrage juridictionnel<sup>83</sup>.

6. Dans une certaine mesure, le degré d'ouverture des ordres juridiques aux modes privés de règlement des litiges est également visible, en droit comparé, à travers la position d'un pays concernant l'arbitrage contractuel. D'après la typologie de M. Kassis, il est possible de distinguer cinq approches principales<sup>84</sup>. La première reconnaît uniquement l'arbitrage juridictionnel et rejette catégoriquement l'arbitrage contractuel, exclusion expressément entérinée par le législateur. Une telle position a été adoptée par le droit espagnol. La deuxième approche se situe à l'opposé, ce qui est notamment le cas des certaines juridictions qui ont adopté le droit musulman<sup>85</sup>. En effet, de tels pays n'ont jamais connu l'arbitrage juridictionnel et leur droit ne prévoit pas de dispositions spécifiques à l'arbitrage ; seules sont appliquées les règles du droit des contrats<sup>86</sup>. Dans certaines législations, parmi lesquels figurent, selon cet auteur, notamment les Pays-Bas et l'Italie, le droit autorise l'arbitrage contractuel et accorde aux citoyens le choix de la méthode de résolution du litige. D'autres, comme la France, l'Allemagne, la Suisse, la Grèce et les pays de la Common Law, acceptent l'arbitrage contractuel tout en gardant une certaine distance vis-à-vis de cette institution<sup>87</sup>. Les possibilités de recours à l'arbitrage sont cantonnées, selon Kassis, à une certaine catégorie de litige, la différenciation catégorielle constituant une condition de soumission de la dispute à l'arbitrage<sup>88</sup>. C'est également le cas en droit polonais. Il existe enfin, d'après Kassis, des législations qui ne s'intéressent pas au sujet de l'arbitrage contractuel, du moins s'agissant de la doctrine, les textes de loi ne contenant toutefois aucun obstacle formel à ce type de résolution de litige<sup>89</sup>.

---

<sup>83</sup> Le terme anglais « *adjudicative* » utilisé en doctrine polonaise pourrait être traduit en langue française par le terme « judiciaire », v. H. Saint Dahl, *Dahl's Law dictionary/ Dictionnaire Juridique Dahl*, 2<sup>ème</sup> éd. Dalloz, Paris 2001.

<sup>84</sup> A. Kassis, *Problèmes de base de l'arbitrage (...)*, op. cit., n° 100 et s., pp. 61 et s.

<sup>85</sup> *Ibid.*, pp. 61 et s.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> *Ibid.*

7. Il peut paraître que la position des législateurs envers l'arbitrage contractuel n'influence pas significativement le modèle de l'arbitrabilité objective, d'autant moins que la majorité des législations admettent les méthodes contractuelles de résolution des litiges. Même si une position favorable à l'arbitrage non juridictionnel reconnaît, sans doute, la valeur de la liberté contractuelle, en raison du caractère non exécutoire des décisions d'un tiers, ce type d'arbitrage ne joue pas un grand rôle pour le développement des tendances favorables à l'arbitrabilité. Une exception subsiste toutefois en droit néerlandais, évoqué *supra* parmi les législations qui admettent l'arbitrage contractuel. Le droit aux Pays-Bas prévoit les « *bindend advies* », une forme contractuelle de résolution des litiges inarbitrables, dont il résulte une décision sans caractère exécutoire, que seule une action contractuelle ordinaire peut imposer aux parties<sup>90</sup>. Le bien-fondé d'une telle décision peut néanmoins faire l'objet d'un contrôle du juge étatique<sup>91</sup>. Toutefois, après la réforme de droit de l'arbitrage néerlandais en 1986, les litiges portant sur la détermination de qualité des biens, la détermination du *quantum* des dettes monétaires et concernant les relations juridiques, sont désormais devenus arbitrables<sup>92</sup>. Cette évolution pourrait donc mener à une baisse des pratiques de « *bindend advies* » visant à écarter les dispositions défavorables à l'arbitrabilité<sup>93</sup>.
8. Comme le montre le droit néerlandais, une forme non-contraignante de résolution des litiges peut exercer une certaine influence sur le domaine arbitrable. Par conséquent, l'existence de formes « intermédiaires » entre l'arbitrage contractuel et juridictionnel peut encourager le législateur à adopter une approche plus favorable à l'arbitrabilité.

---

<sup>90</sup> « *Binding advices* » (ang.), cf. art. 7 : 900 du Code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*) de 1992. V. A.W. Jongbloed, *Access to justice, costs and legal aid*, In J. H. M. van Erp, L.P. W. van Vliet, (éd.), *Netherlands Reports on the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, Intersentia, Utrecht 2006, pp. 240 et s.; R. Hermans, M. de Boer, « *Netherlands* », In R. Clark (éd.), *The Dispute Resolution Review*, Law Business Research Ltd., London 2013, p. 583; P. Sanders, « *Arbitration* » In M. Cappelletti (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI *Civil Procedure*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014, p. 12.

<sup>91</sup> J.F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthless, Zürich 2002, pp. 16 et s., n<sup>os</sup> 16 et s.

<sup>92</sup> *Ibid.*, pp. 16 et s., n<sup>os</sup> 16 et s.

<sup>93</sup> L'institut néerlandais de l'arbitrage (*Netherlands Arbitration Institute* – NAI) publie des informations sur les « *bindend advices* » : [http://www.nai-nl.org/en/info.asp?id=1025&name=NAI\\_Binding\\_advice](http://www.nai-nl.org/en/info.asp?id=1025&name=NAI_Binding_advice).

## SECTION I. LE FONDEMENT CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE

9. Le dualisme de la nature de l'arbitrage constitue un problème plus complexe que la distinction entre l'arbitrage contractuel et juridictionnel. Ainsi, déjà à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'opinion d'un expert, soumise au Tribunal civil de la Seine et à la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Del Drago*<sup>94</sup>, présentait les différents points de vue sur la nature de l'arbitrage sous forme de théories : contractuelle, juridictionnelle et hybride (mixte). La théorie contractuelle nous intéresse particulièrement en tant que courant potentiellement apte à cerner le fondement « primaire » des tendances in *favorem arbitrandum*. En effet, le fondement contractuel de l'arbitrage étant indiscutable, la liberté contractuelle constitue le noyau dur de toutes les formes de justice privée. À cet égard, pour les partisans du caractère autonome et indépendant de la juridiction étatique, découlant de la libre volonté des parties, la théorie contractuelle de l'arbitrage constitue une émanation pure de son caractère volontaire. Par conséquent, d'un côté, c'est l'accord des parties qui ouvre la voie au mode privé de résolution des litiges et c'est leur volonté qui conditionne l'effet d'une telle action, façonne la sentence et assure l'exécution de la convention d'arbitrage<sup>95</sup>. Cependant, d'un autre côté, les conséquences procédurales des sentences, ainsi « garanties », suscitent des doutes, ce qui constitue le point faible de l'approche contractuelle (**Paragraphe 1**). Par conséquent, l'impact de la théorie contractuelle sur le développement du concept d'arbitrabilité, et de sa portée, peut seulement être analysé dans un sens purement théorique, étant donné que ladite théorie n'a jamais reçu d'écho significatif dans la doctrine de l'arbitrage, laquelle cherchait plutôt à justifier autrement le caractère exécutoire de décision arbitrale. Toutefois, sans étudier, tout d'abord, la liberté contractuelle en tant que noyau dur de la théorie contractuelle – étude qui mène à la conclusion de la convention d'arbitrage et est un facteur crucial du développement de *favor arbitrandum*, il serait difficile de développer notre réflexion sur l'arbitrabilité. Notamment l'essor difficile de la clause compromissoire, en tant qu'outil de la pratique

---

<sup>94</sup> Tribunal Civ., Seine, 16 mars 1899, *Marquis de santa Cristina et consorts c. Prince et Princesse Del Drago*, *JDI*, 1899, p. 744; CA Paris 10 décembre 1901, *Marquis de santa Cristina et consorts c. Prince et Princesse Del Drago*, *JDI* 1902, p. 314.

<sup>95</sup> M. Henry, *Le devoir de l'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Paris, 2001, n° 23, p. 11.

contractuelle, fait partie d'un processus qui a été nécessaire pour que l'arbitrage trouve sa place « légitime » parmi les autres méthodes de résolution des litiges. Le cadre du droit comparé, dans lequel nous allons placer nos analyses, nous permettra ensuite de tirer les conclusions sur l'intensité du développement de la notion d'arbitrabilité au sein des ordres juridiques (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. La portée de la théorie contractuelle de l'arbitrage***

10. Traditionnellement, la jurisprudence et la doctrine distinguent, au sein de la conception contractuelle de l'arbitrage, deux formes différentes, l'une « classique » et l'autre « moderne »<sup>96</sup>. Dans la première, « *la volonté privée des parties est maîtresse partout et son rôle est supérieur à celui de "l'arbitre", qui lui-même devient "un mandataire commun des parties"* »<sup>97</sup>. Ainsi, comme l'a précisé J.P. Niboyet, « *il est, en réalité, un mandataire des parties et ses attributions ne sont pas celles d'un juge* »<sup>98</sup>. L'arbitrage de ce type est « *absolument contractuel puisqu'on n'abandonne à aucun moment le terrain contractuel* »<sup>99</sup> et que l'intervention étatique est complètement superflue<sup>100</sup>. La version « classique » de la théorie, pratiquement identique au courant de l'arbitrage « contractuel » décrit ci-dessus, se caractérise par les mêmes faiblesses, en ce qui concerne l'exécution de la décision. Elle n'a donc pas de valeur évidente pour le développement des institutions de l'arbitrage.
11. Dans la version « moderne » de la théorie contractuelle, la fonction de « l'arbitre » se caractérise par un certain nombre d'éléments dépassant sa nature contractuelle<sup>101</sup>. Selon cette conception, l'arbitre n'est pas un mandataire des parties mais possède un pouvoir

---

<sup>96</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., n° I. III, p. 33.

<sup>97</sup> P. Merlin, *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4<sup>ème</sup> éd., vol. 9, Tarlier, Bruxelles 1829, p. 143, cité par A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., n° I. III, p. 33.

<sup>98</sup> J.P. Niboyet., *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, Paris 1928, pp. 972 et s. L'auteur rejette la théorie contractuelle.

<sup>99</sup> A. Kassis, *Problèmes de base (...)*, op. cit., n° 55, p. 37.

<sup>100</sup> J. Foelix, *Traité de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Joubert, Paris 1847, p. 461.

<sup>101</sup> A. Bernard, *L'Arbitrage volontaire en droit privé*, Bruylant, Bruxelles 1937, pp. 149 et s.

extérieur par rapport aux parties – un pouvoir de « juger »<sup>102</sup>. La décision arbitrale ne constitue plus un contrat entre l'« arbitrator » et les parties, mais garde sa nature privée et particulière<sup>103</sup>.

12. Néanmoins, tant la version classique que la version moderne de la théorie contractuelle ont été critiquées pour des raisons diverses (la déformation de la nature de l'arbitrage dans la version classique et l'incompatibilité avec le droit public et international dans la version moderne)<sup>104</sup>. La théorie contractuelle a dû céder sa place à la théorie juridictionnelle et aux théories modernes de l'arbitrage<sup>105</sup>. Ce courant a pourtant exercé une influence plus importante en France qu'en Pologne. Après l'apparition des arbitres au XIV<sup>e</sup> siècle (à côté des « arbitrators » et des amiables compositeurs), la première « présentation » officielle de la théorie contractuelle a eu lieu devant la Cour Suprême française en 1812, lors d'un discours du Procureur Merlin. La théorie contractuelle a été ensuite reçue par la doctrine<sup>106</sup> et a trouvé sa place au sein de la jurisprudence<sup>107</sup>, surtout avec l'arrêt *Del Drago* en 1899<sup>108</sup>. En droit polonais, par contre, dans la mesure où son système juridique moderne ne s'est forgé qu'à partir de 1918, l'approche contractuelle, particulièrement dans sa version « classique », n'a pas trouvé sa place dans la doctrine de droit processuel entre les deux guerres mondiales. L'influence du droit allemand sur le droit polonais privé était tellement significative à l'époque, que

---

<sup>102</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, *op. cit.*, p. 40 citant G. Balladore-Pallieri, « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Recueil des Cours*, vol. 51, 1935 (1), p. 303.

<sup>103</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>104</sup> En réalité, « l'arbitrator » ne peut pas être un mandataire des parties puisqu'il a réalisé une fonction dont son mandant ne pouvait jamais effectuer, le mandataire ne pouvant pas représenter l'intérêt particulier d'une partie, cf. A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, *op. cit.*, p. 44, citant l'opinion d' A. Lainé quant au rôle différent d'un arbitre : « *quelle est la mission donnée aux arbitres ? C'est d'apprécier la valeur des prétentions respectives des parties....et, cela fait, de décider... c'est-à-dire... de juger* ».

<sup>105</sup> Cf. *ibid*, pp. 44 et s.

<sup>106</sup> Pour une analyse plus détaillée, v. M. Henry, *op. cit.*, n° 24, pp. 11 et s. L'auteur évoque entre autres les auteurs suivants : J. Foelix, G. Balladore-Pallieri, F. Klein.

<sup>107</sup> CA Paris, 16 décembre 1809, concl. Mourre; CA Toulouse, 22 mai 1901, *Cl.* 1901, p. 965 ; toutes les décisions et les conclusions citées par M. Henry, *op.cit*, n° 25.

<sup>108</sup> Après *Del Drago* la vision contractuelle a été reprise par la jurisprudence dans deux arrêts, dont le deuxième se dirige plus précisément vers l'approche mixte, cf. H. Motulsky, *Écrits II, Études et Notes sur l'Arbitrage*, *op. cit.*, p. 11 et ses observations sur l'arrêt de la Cour d'Alger, 17 mars 1926, *D.H.* 1926, p. 355 et l'arrêt CA Paris, 9 décembre 1955, *Soc. Goldschmidt c. Soc. Vis et Zoen*, *Rec. Dalloz*, 1956, p. 217, note Robert, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 523, note Motulsky, *Rev. arb.*, 1955, p. 101.

c'est principalement la théorie juridictionnelle qui a façonné la vision polonaise de l'arbitrage dès sa naissance<sup>109</sup>.

**Paragraphe 2. La signification de la théorie contractuelle pour le développement du concept de *favor arbitrandum***

13. Les législateurs ont adopté une approche diversifiée à la convention d'arbitrage au sein de la famille des droits civilistes. À cet égard, la perspective du droit comparé met en exergue les différences entre les législations quant à l'ouverture à l'arbitrage au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Tandis que la distinction entre la clause compromissoire et le compromis était faite dans les droits d'origine romaniste, les droits d'origine germanique admettaient davantage la « convention d'arbitrage » de portée générale (A). Ce problème est différemment posé dans le droit des pays de Common Law<sup>110</sup> – notamment en droit anglais et américain<sup>111</sup>. En ce sens, M. Hanotiau se réfère au champ d'application de la clause d'arbitrage en tant que critère d'arbitrabilité *lato sensu*<sup>112</sup>. En effet, la notion même d'arbitrabilité est plus large dans la tradition juridique anglo-saxonne que dans celle du droit continental<sup>113</sup> (B).

**A. L'essor de la convention d'arbitrage dans les pays de tradition civiliste**

14. En France, déjà sous l'ancien régime, dans la lignée de la tradition romaine et médiévale de l'arbitrage contractuel qui permettait d'échapper aux justices

---

<sup>109</sup> A.W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, n° 3, pp. 36 et s.

<sup>110</sup> L. A. Mistelis, « Is arbitrability a national or international law issue ? », In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 3-6; dans la littérature polonaise: A. Całus, « Sprawa zdatności arbitrażowej w prawie angielskim i w prawie amerykańskim (federalnym i stanowym) », In SA KIG (éd.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie*, Warszawa 2010, p. 515.

<sup>111</sup> V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II. La littérature de droit comparé le perçoit parfois autrement, cf. A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op. cit.*, pp. 163 et s.

<sup>112</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, p. 960.

<sup>113</sup> En ce sens, v. J. J. Barcelo III, « Arbitrability decisions before, during, and after arbitration », In J. C. Betancourt (éd.), *Defining Issues in International Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2016, p. 67; J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2013, n° 72-7; E. Gaillard, J. Savage (éd.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 1999, n° 532.



seigneuriales des temps féodaux, on percevait l'arbitrage comme « *l'une des plus utiles et des plus avantageuses [institutions] pour le bien public* »<sup>114</sup>. Cet « enthousiasme » pour la juridiction privée, menant paradoxalement à l'introduction de son application forcée en matière familiale et commerciale<sup>115</sup>, a continué au cours de la Révolution française qui, tout en remettant en cause l'arbitrage forcé, a en même temps donné naissance aux rudiments de la loi sur l'arbitrage, promulguée ensuite en 1806 au sein du Livre III du Code de procédure civile.

15. Après l'émergence de la théorie contractuelle de l'arbitrage, sans être expressément visée dans les textes de loi, la clause compromissoire était favorablement accueillie par la jurisprudence dans la première partie du XIX<sup>e</sup> siècle, qui ne contestait pas sa validité<sup>116</sup>. Des restrictions légales étaient prévues à l'époque uniquement dans le cas d'un compromis, et ne concernaient pas un type donné de litige<sup>117</sup>. Comme le relève J. Rubellin-Devichi, la promesse de compromettre était aperçue ici d'une manière libérale, sous forme d'application du principe général de la liberté de ladite clause<sup>118</sup>. Largement inspirée en matière de procédure civile par le Code civil français de 1806, la loi néerlandaise admettait, également, de manière expresse, la validité de la clause compromissoire, son application n'étant pas limitée à la matière contractuelle.
16. La période de faveur envers la clause compromissoire se termine en France avec l'arrêt *Prunier* du 10 juillet 1843<sup>119</sup>, après lequel la clause fut considérée entièrement nulle

---

<sup>114</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 15, p. 18 citant D. Jousse, *Traité de l'administration de la justice*, t. 2, Debure, Paris 1771, p. 683. Ces auteurs font référence à l'ordonnance de 1510 instaurant l'appel contre les sentences arbitrales, à l'établissement des greffiers d'arbitrage en tant qu'institution indépendante garantissant l'exécution des sentences arbitrales en 1673, et aux ordonnances de 1560, 1673 et 1681 introduisant l'arbitrage forcé pour les litiges familiaux et les litiges entre les associés en matière commerciale.

<sup>115</sup> L'arbitrage forcé était étudié en dehors de la vision contractuelle d'après not. J. Foelix, *op. cit.*, pp. 463 et s.

<sup>116</sup> V. les arrêts cités par J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 18, p. 19: Cass. civ., 2 septembre 1812, *S.* 1813, 1, p. 84 ; Cass. civ., 3 août 1836, *D.* 1836, 1, p. 437; CA Lyon, 2 mars 1940, *S.* 1841, 2, p. 342.

<sup>117</sup> Cf. l'art 1006 du frCPC; le régime du compromis était soumis à l'obligation de définition de l'objet du litige et de détermination du nombre d'arbitres pour éviter la nullité de celui-ci.

<sup>118</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 18, p. 20.

<sup>119</sup> Cass. civ., 10 juillet 1843, *L'Alliance c. Prunier*, *S.* 1843, 1, p. 561, *D.* 1843, 1, p. 343, concl. av. gén. Hello, note Devilleneuve ; *Rev. arb.*, 1992, p. 399, comm. Jarrosson.

pour presque un siècle. Le compromis sera dès lors privilégié en droit français de l'arbitrage jusqu'à l'époque actuelle, en dépit de la loi du 31 décembre 1925 qui a pourtant rétabli la validité de la clause en matière commerciale<sup>120</sup>. Par la suite, jusqu'à 2001, c'est à la lumière de l'art. 2061 du Code civil que la clause compromissoire est présumée nulle si la loi ne prévoyait pas autrement<sup>121</sup>.

17. Alors que le droit français bloque l'accès à la clause compromissoire au XIX<sup>e</sup> siècle, d'autres législations adoptent, en même temps, une approche décrite par J. Robert comme libérale, où aucune distinction n'était faite entre la clause compromissoire et le compromis. Il s'agit plutôt d'une « convention d'arbitrage » dont la portée est générale<sup>122</sup>. L'exemple d'un tel courant se situe au sein des juridictions germaniques. La législation allemande se distinguait à l'époque par le régime de faveur avec lequel elle réglementait l'arbitrage<sup>123</sup>. Elle autorisait expressément la validité de la clause compromissoire en toute matière arbitrable, définie par la capacité à transiger sur

---

<sup>120</sup> Par la suite, les lois du 5 juillet 1972 et du 31 décembre 1990, notamment, ont rétabli la validité de la clause compromissoire en matière de société d'exercice libérale.

<sup>121</sup> Avant 2001, l'art. 2061 du frCc prévoit : « [l]a clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi ». Après la réforme introduite par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JO 16 mai 2001, ci-après la loi NRE, l'art. 2061 du frCc prévoit : « [s]ous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. ». Sur la version de l'art. 2061 du frCPC d'avant la réforme introduite par la loi NRE du 15 mai 2001, cf. entre autres Ch. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G* 2001, I, 333, n° 13, p. 1320; sur la version de l'art. 2061 d'avant 2016 cf. entre autres Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 126, p. 139. Après la dernière réforme changeant le régime de la clause compromissoire, introduite par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » en 2016, l'art. 2061 prévoit que « [l]a clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée », cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>122</sup> J. Robert, *L'arbitrage. Droit interne, droit internationale privée*, 6<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris 1993, n° 58, p. 47.

<sup>123</sup> A. Bernard, *L'arbitrage volontaire en droit privé*, Bruylant, Bruxelles 1937, n° 860, p. 519. À cet égard, la promesse de compromettre en droit italien était admise uniquement dans la matière contractuelle, ce qui constituait une approche moins libérale que celle reconnue par les lois allemande et polonaise (cf. Code de procédure civile italien du 1<sup>er</sup> janvier 1886, modifié par le décret - loi du 20 juillet 1919, ci-après l'iCPC).

l'objet de litige<sup>124</sup>. Une seule condition de l'effet juridique de la promesse d'arbitrage concernait la détermination d'un rapport de droit et des contestations qui en résultent<sup>125</sup>.

18. En Suisse, qui se rattachait, sur ce point, au modèle « germanique », le noyau dur de ce débat a été déplacé à la question de conflit de compétence législative et juridictionnelle interne. En effet, en raison du système des actes normatifs au tournant du XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles<sup>126</sup>, si la convention d'arbitrage est un contrat de droit civil, elle relève, d'après la doctrine, de la compétence fédérale tandis que, si elle est traitée comme un contrat de droit procédural, elle dépend de la compétence cantonale<sup>127</sup>. La question se posait donc de savoir si, en raison du manque de réglementation de l'arbitrage dans les textes légaux fédéraux, cette matière ressortait exclusivement de la compétence des juges cantonaux<sup>128</sup>. Conformément à l'esprit de l'époque marquée par la vision contractuelle de l'arbitrage, la position prise par le Tribunal fédéral dans la période de 1887<sup>129</sup> à 1914<sup>130</sup> pointait davantage en direction du caractère contractuel de la convection arbitrale et de ces effets.
19. Depuis l'unification du droit de la procédure civile en 1930, suite à la reprise de l'indépendance de la Pologne en 1918, le droit polonais de l'arbitrage présentait de fortes analogies avec la loi allemande et admettait la validité de la convention d'arbitrage en toute matière arbitrable. Ce droit appliquait un critère subjectif de

---

<sup>124</sup> Cf. Code de procédure civile allemand du 30 janvier 1877 et du 20 mai 1898, modifié ultérieurement par l'amendement du 25 juillet 1930, ci-après le ZPO.

<sup>125</sup> A. Bernard, *op. cit.*, n° 860, p. 519.

<sup>126</sup> Ni le Code des Obligations du 1er janvier 1883, ni le Code Civil suisse du 1er janvier 1912 ne régissaient les questions liées à l'arbitrage (dans le code suisse, l'arbitrage est mentionné uniquement de manière incidente). L'arbitrage était cependant régi dans les codes et lois de procédure civile de tous les cantons, où les textes de loi abordaient l'institution du compromis, sa forme et son contenu.

<sup>127</sup> F. E Klein, *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1955, n° 40, p. 72.

<sup>128</sup> Les auteurs de l'époque postulaient même la « proche parenté » ou la « connexité » du compromis avec les lois de procédure civile des cantons, cf. V. Rossel, *Manuel du droit fédéral des obligations : Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, Payot, Lausanne 1892, p. 19 cité par F. E. Klein, *ibid*, n° 40, p. 72.

<sup>129</sup> V. Tribunal fédéral suisse, 28 octobre 1887, *Stigler, Rec. Off.* 13, pp. 355 et s., précédé par deux autres arrêts de 1881, *Rec. Off.* VII, pp. 283 et 705, antérieurs à la réforme du Code des Obligation de 1883.

<sup>130</sup> Tribunal fédéral suisse, 1<sup>er</sup> février 1913, *Rec. Off.* 39, II, p. 52 ; 17 janvier 1914, *Rec. Off.*, 40, II, p. 79.

l'arbitrabilité, sans en restreindre l'application à la matière commerciale ou contractuelle<sup>131</sup>. Comme la loi allemande, la loi polonaise ne faisait pas de distinction entre la clause compromissoire et le compromis, et admettaient que le recours à l'arbitrage puisse résulter non seulement de la volonté des parties, mais également de dispositions de dernière volonté ou d'autres dispositions non-contractuelles<sup>132</sup>. La convention d'arbitrage devait préciser l'objet du litige ou le rapport de droit sur la base duquel le litige est né ou pourra naître<sup>133</sup>. D'après la doctrine, l'arbitrabilité était remise en question dans tous les cas où l'État réalisait son impérialisme, la soumission d'un litige à l'arbitrage constituant néanmoins l'exemple le plus éclatant de l'autonomie de la volonté<sup>134</sup>. Dans ce contexte, la doctrine polonaise mettait également l'accent sur le principe de la compétence-compétence et la séparabilité de la clause compromissoire en tant que garanties de l'autonomie des tribunaux arbitraux<sup>135</sup>.

20. Les particularités des législations nationales concernant la convention d'arbitrage ont généralement disparu après la signature du Protocole de Genève du 24 septembre 1923<sup>136</sup>, ledit protocole obligeant les États signataires, comme la France et la Pologne, à reconnaître la validité de la clause compromissoire et celle du compromis<sup>137</sup>. Les

---

<sup>131</sup> V. l'art. 479 § 1 du pCPC, publié le 3 décembre 1930, modifié le 27 octobre 1930 ainsi qu'en 1932. Le concept normatif de l'arbitrabilité était défini par un critère subjectif – la *capacité à s'obliger*, sans autres précisions sur les matières susceptibles d'être résolues par l'arbitrage. À l'exception des questions d'état civil et des litiges intéressants l'ordre public, tous les litiges pouvaient être soumis aux tribunaux arbitraux. Pour plus de détails, v. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I. Cf. également la littérature francophone: R. David, *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*, Étude de droit comparé, Rome, 1932; A. Bernard, *op. cit.*, n° 966, pp. 569 et s.; R. Kuratów-Kuratowski, « L'arbitrage dans le nouveau Code de procédure polonais », *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1935, pp. 68 et s.

<sup>132</sup> A. Bernard, *op. cit.*, n° 967, p. 570 ; cf. l'art. 507 du pCPC de 1932.

<sup>133</sup> D'après l'art. 480 du pCPC de 1932, traduit par A. Bernard, *op. cit.*, p. 569.

<sup>134</sup> A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984, p. 360.

<sup>135</sup> A. Susfał, *op. cit.*, p. 29.

<sup>136</sup> Le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage, adopté à Genève le 24 septembre 1923, approuvé par l'Assemblée fédérale le 21 mars 1928.

<sup>137</sup> L'art. 1 du Protocole susmentionné prévoit : « *Chacun des États contractants reconnaît la validité, entre parties soumises respectivement à la juridiction d'États contractants différents, du compromis ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent, en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis, à soumettre en tout ou partie les différends qui peuvent surgir dudit contrat, à un arbitrage, même si ledit arbitrage doit avoir lieu dans un pays autre que celui à la juridiction duquel est soumise chacune des parties au contrat. Chaque État contractant se réserve la liberté de restreindre l'engagement visé ci-dessus aux contrats qui sont considérés comme commerciaux par son droit national. L'État*

motifs des modifications de position des législateurs sont toutefois restés divers. Tandis que la Pologne a initialement restreint la portée du protocole aux contrats considérés comme commerciaux, conformément au droit national, comme l'avait fait d'ailleurs le législateur néerlandais, la réforme française avait pour but de répondre aux besoins de l'arbitrage international et de permettre le déroulement des procédures arbitrales internes et internationales soumises à la loi française<sup>138</sup>. Pourtant, dans le cadre de la faculté prévue par le Protocole de Genève, la loi du 31 décembre 1925 a reconnu la validité de la clause compromissoire uniquement en matière commerciale.

## **B. L'essor de la convention d'arbitrage dans les pays de Common Law**

21. Le lien entre la notion du contrat et celle de l'arbitrabilité est particulièrement fort dans les pays de Common Law. Pourtant, cela n'implique pas nécessairement une position plus favorable à l'arbitrage. Elle doit, notamment, être relativisée selon le contexte de l'ordre juridique anglais et nord-américain<sup>139</sup>. Bien que l'approche adoptée par la Common Law libéralise de nos jours l'accès à la convention d'arbitrage – la validité de cette dernière demeurant la condition *sine qua non* et suffisante pour qu'un litige soit arbitrable, le régime de la convention en question n'était pas incontestable au plan historique. Sous cet angle, le système anglo-saxon met en exergue les faiblesses de la théorie contractuelle de l'arbitrage.
22. Étant hostile à l'arbitrage, dans la mesure où la volonté des parties prive des cours étatiques de leur juridiction, le droit anglais ne précisait pas l'étendue des litiges arbitrables<sup>140</sup>. Comme le décrit à juste titre un auteur<sup>141</sup>, les textes issus de la réforme

---

*contractant qui fera usage de cette faculté en avisera le Secrétaire général de la Société des Nations aux fins de communication aux autres États contractants ».*

<sup>138</sup> M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN - Joly éd., Paris 1990, n° 14, pp. 23 et s.

<sup>139</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II.

<sup>140</sup> Cf. *l'Arbitration Act* 1698 (9 Will. III, c. 15) – précédé par les lois de 1687 et 1688.

<sup>141</sup> V. A. Calus, *op.cit.*, pp. 517 et s.

du droit processuel anglais entre 1833 et 1854<sup>142</sup> ne s'y réfèrent pas non plus<sup>143</sup>. Traitée comme portant atteinte à l'ordre public et au système étatique de résolution de litiges, la convention était par conséquent difficilement exécutoire. En raison de sa soumission au contrôle de la juridiction de droit commun dans la procédure des « *writs* », la sentence arbitrale risquait également d'être facilement annulée<sup>144</sup>. De même, la forte réticence à l'arbitrabilité des différends futurs dans la Common Law, tant en droit anglais qu'aux États Unis<sup>145</sup>, a maintenu pendant longtemps le *statu quo* de la clause compromissoire. Cette position a finalement été changée par la section 2 de *Federal Arbitration Act* de 1925<sup>146</sup>, trouvant confirmation, plus récemment, dans l'« *Uniform Arbitration Act* » de 1955<sup>147</sup> et l'arrêt *Mitsubishi* de 1985<sup>148</sup> aux États-Unis, et l'« *Arbitration Act* » de 1996<sup>149</sup> en Angleterre.

23. Pareillement, il existait en droit américain une règle permettant aux parties d'annuler unilatéralement la convention d'arbitrage jusqu'au prononcé du jugement<sup>150</sup>. Une telle

---

<sup>142</sup> V. le *Civil Procedure Act* de 1833 (3 & 4 Will IV, c. 42) ainsi que le *Common Law Procedure Act* 1854 (21 & 22 Vict. c. 27 (*Lord Cairns Act*)).

<sup>143</sup> Les lois de 1889 (*Arbitration Act* 1889, 52 & 53 Vic. c. 49), de 1950 (*Arbitration Act* 1950, 14 Geo. 6 c. 27 qui a consolidé l'*Arbitration Act* de 1889 et l'*Arbitration Act* de 1934.) et de 1979 (*Arbitration Act* 1979 c. 42).

<sup>144</sup> T. E. Carbonneau, « Étude historique et comparé de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *op. cit.*, pp. 730 et s.; A. Calus, *op. cit.*, pp. 530 et 532.

<sup>145</sup> En effet, le droit des États-Unis n'a pas connu de restrictions générales concernant la soumission à l'arbitrage des litiges futurs, mais cela arrivait en pratique, v. V. Arcangeli, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial au Canada*, thèse de doctorat non publiée, Université de Montréal, 1999, p. 369.

<sup>146</sup> Publ. L. 68 - 401, 43 Stat. 883, promulgué le 12 février 1925, codifié à 9 U.S.C. § 1 et s., ci-après le FAA : « A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction, or the refusal to perform the whole or any part thereof, or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract, transaction, or refusal, shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract ».

<sup>147</sup> *Uniform Arbitration Act*, 9 *Uniform Laws Annotated* 76 de 1955, actuellement en vigueur.

<sup>148</sup> Supreme Court of the United States, *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler- Plymouth, Inc.*, 473 U. S. 614 (1985), YBCA, 1986, vol. XI, pp. 555 et s.; *Rev. arb.*, 1986, pp. 273 et s., cf. *Partie I*, Titre I, Chapitre I, Section II ; cf. également V. Arcangeli, *op. cit.*, pp. 369 et s.

<sup>149</sup> *Arbitration Act* du 17 juillet 1996.

<sup>150</sup> D. G. Morris, « Schiedsgerichtsbarkeit in der USA », *Rechts des Internationalen Wirtschaft*, 1989 (11), p. 858, cité par A. Calus, *op.cit.*, p. 521.

solution reflétait, comme en droit anglais, l'ancien principe de Common Law selon lequel une convention d'arbitrage est illicite dès lors qu'elle prive les tribunaux étatiques de leurs compétences. Pourtant, il s'agissait surtout d'une confusion entre l'étendue de cette clause, englobant la matière du litige (*contractual arbitrability*<sup>151</sup>), et l'arbitrabilité objective (*subject matter arbitrability/substantial arbitrability*) qui façonne les contours de l'arbitrabilité en droit des États-Unis<sup>152</sup>. C'est en ce sens que s'impose une référence commune à l'arbitrabilité *lato sensu*.

24. Par la suite, l'importance de l'admissibilité d'une convention d'arbitrage concrète pour la détermination de l'arbitrabilité du contrat a été confirmée par le législateur fédéral. Ainsi, en 1925, le *Federal Arbitration Act* a introduit différents types de contrats pouvant contenir une clause compromissoire selon la nature de litige. Notamment, la deuxième section de cet acte garantit la validité, l'irrévocabilité et la force exécutoire de toutes les clauses écrites (« *written provision* ») dans les transactions maritimes (« *in any maritime transactions* ») ou les contrats portant sur une transaction commerciale (« *a contract evidencing a transaction involving commerce* »), prévoyant la résolution des litiges par voie arbitrale. La doctrine et la jurisprudence nord-américaines soulignent l'impact que ce chapitre du droit fédéral a exercé sur le développement matériel de l'institution d'« *arbitrability* », notamment en matière internationale<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> Cf. United States Court of Appeals, Second Circuit, 7 juin 2001, *Louis Dreyfus Negoce S.A. c. Blystad Shipping*, 252 F.3 d 2018, 224, cité par S. C. Bennett, « The developing American approach to arbitrability », *op. cit.*, note n° 10; « *Where the arbitration clause is broad, there arises a presumption of arbitrability and arbitration of even a collateral matter will be ordered if the claim alleged implicates issues of contract construction or the parties' right and obligation under it* ».

<sup>152</sup> « *In American arbitration law a broad concept of arbitrability is used. It covers subject matter arbitrability, as well as contractual arbitrability* », v. S. Kröll « Arbitrability of commercial representation », In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 319. Il faut d'ailleurs noter l'existence d'une dichotomie additionnelle, déployée par la Common Law : *substantive arbitrability* et *procedural arbitrability*. Alors que, dans les droits de tradition civiliste, le concept de « *substantive arbitrability* » se réfère à la juridiction du tribunal et « *procedural arbitrability* » concerne l'admissibilité de la demande, selon la Cour Suprême des États-Unis, la première notion signifie « *good jurisdiction* » et se réfère à l'existence, la validité et le champ d'application de la convention d'arbitrage, la deuxième étant applicable aux conditions procédurales d'admission des prétentions, cf. J. J. Barcelo III, *op. cit.*, pp. 68 et s.

<sup>153</sup> G. B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts, Commentary and Materials*, 3ème éd., Wolters Kluwer, Deventer 1996., p. 995.

## SECTION II. LE FONDEMENT JURIDICTIONNEL DE L'ARBITRAGE

25. Contrairement à la théorie contractuelle, la théorie juridictionnelle envisage l'arbitrage comme une émanation de l'administration de la justice (« *forme particulière de juridiction* »<sup>154</sup>), qui tire ses sources notamment de la juridiction étatique. Cette approche soumet l'arbitrage aux principes applicables à la structure de l'organisation judiciaire de l'État, ce qui garantit, ainsi, l'identité fonctionnelle de la décision arbitrale, laquelle possède la valeur d'un acte juridique et de la sentence judiciaire<sup>155</sup>. Les tribunaux arbitraux sont perçus comme un élément complémentaire du pouvoir de l'État, qui complète l'organisation judiciaire étatique<sup>156</sup>.
26. Les hypothèses de la théorie juridictionnelle peuvent enrichir notre réflexion générale sur la *favor arbitrandum* d'une double manière. D'un côté, la théorie dans sa version initiale a facilité l'essor de l'arbitrage en lui attribuant un statut comparable à celui de la juridiction étatique (l'effet négatif de la clause compromissoire, la possibilité de contester la compétence d'une juridiction étatique, le soutien de la juridiction étatique au profit de la juridiction arbitrale, l'effet contraignant de la décision arbitrale, l'assimilation des effets des sentences arbitrales étrangères avec leurs équivalents internes). L'assimilation des sentences arbitrales et étatiques a permis de renforcer le statut de l'arbitrage parmi les modes de résolution de litiges, surtout sur le plan international, avant la création des régimes internationaux de reconnaissance et de l'exécution des sentences étrangères, comme les conventions de Genève ou de New York<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> M. Henry, *op. cit.*, n° 47.

<sup>155</sup> « La juridiction des arbitres ne peut être admise que si elle est intégrée à l'organisation de ce service. La décision de l'arbitre est un jugement, rendu à la suite d'une procédure : on ne peut contester son caractère juridictionnel », cf. R. David, « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », In *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse 1978, n° 83.

<sup>156</sup> M. Henry, *op. cit.*, n° 26, p. 13.

<sup>157</sup> Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 484, p. 349 (ci-après la Convention de Genève) ; la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, signée à New York le 10 juin 1958, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, p. 3. (ci-après la Convention de New York).



27. Toutefois, d'un autre côté, l'approche juridictionnelle a imposé des restrictions à l'arbitrage en empêchant sa forme délocalisée et en favorisant la primauté de l'application de la *lex fori* en arbitrage international, ce qui facilite également la révision au fond de la sentence arbitrale<sup>158</sup>. Le contrôle de la juridiction étatique sur les tribunaux arbitraux est devenu plus fort, englobant la pertinence de la décision arbitrale et de la procédure devant l'arbitre.
28. Comme l'a remarqué M. Gaillard dans sa réflexion sur le noyau dur de dissemblance initiale entre les hypothèses de l'approche contractuelle et juridictionnelle, pendant que le premier favorisait l'essor de l'arbitrage, en insistant sur son caractère contractuel, le deuxième mettait « *davantage l'accent sur la concurrence que l'arbitrage était censé faire aux juridictions étatiques* »<sup>159</sup>. C'est sur la base de cette « concurrence » que nous allons développer l'analyse de l'arbitrabilité. De plus, cette approche nous permettra de souligner un certain manque de parité entre le phénomène de faveur à l'arbitrage et celui strictement centré sur l'arbitrabilité, ce qui sera étudié dans le contexte de l'impact de la vision juridictionnelle sur l'essor de l'arbitrage (**Paragraphe 1**) et son influence sur la faveur de l'arbitrabilité (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. La portée de la théorie juridictionnelle de l'arbitrage***

29. La vision juridictionnelle de l'arbitrage trouva ses défenseurs parmi les représentants, notamment, du domaine de droit international en France, en Allemagne, et en Italie au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>160</sup>. Les sources de ce courant remontent pourtant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>161</sup>. Comme le souligne M. Samuel, la théorie

---

<sup>158</sup> Pour le résumé des avantages et des inconvénients juridiques des hypothèses de la théorie juridictionnelle dans la doctrine polonaise v. A. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, pp. 38.

<sup>159</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-Poche 2007, p. 32.

<sup>160</sup> F. Klein, *op. cit.*, n° 105, p. 182 avec les références citées.

<sup>161</sup> Comme c'est le cas de l'arrêt *Del Drago* et de la conception d'assimilation des sentences arbitrales étrangères aux sentences nationales. Cette conception a prévalu en France, en Allemagne, en Grèce et en Belgique, v. N. Vatté, « Le sort des sentences arbitrales en droit belge depuis la loi du 27 mars 1985 », *Revue Belge de droit international*, 1988 (2), p. 502.

juridictionnelle se devise en deux, même trois, courants principaux<sup>162</sup>. Le premier se concentre sur la valeur juridictionnelle de la sentence arbitrale (théorie du jugement)<sup>163</sup>. Le deuxième présente l'autorité de l'arbitre par son obligation à juger, la compétence exceptionnellement octroyée au tribunal arbitral par l'administration étatique et limitée elle-même au territoire du son pouvoir (théorie de la délégation)<sup>164</sup>. Néanmoins, nous considérons que ce qui est marquant, pour l'impact de la théorie juridictionnelle sur la *favor arbitrandum*, provient du principe « *lex facit arbitrum* » exprimé par F. A. Mann dans son art. portant sur la nature juridictionnelle de l'arbitrage<sup>165</sup>. Sa vision postule que « *every right or power a private person enjoys is inexorably conferred by or derived from a system of municipal law*<sup>166</sup> », et pour cette raison, elle semble constituer un troisième courant de la théorie juridictionnelle. Le fait qu'elle fasse également une référence directe à la dépendance de l'arbitrage à la *lex loci arbitri*<sup>167</sup>, crée un pont vers la théorie mixte de l'arbitrage, que nous allons aborder dans la section suivante.

30. En France, le fondement de la théorie juridictionnelle fût introduit par l'arrêt *Del Drago* en 1901, qui a assimilé les effets juridiques des sentences arbitrales aux effets des sentences judiciaires étrangères. Le courant juridictionnel semblait dominer la

---

<sup>162</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., p. 50.

<sup>163</sup> D'après la vision contractuelle, la sentence arbitrale constitue un contrat tandis que, pour les partisans de la théorie juridictionnelle, en raison de l'absence d'approbation étatique, une telle sentence est traitée comme un simple projet, v. M. Henry, op. cit., n° 27, p. 14, avec les références citées.

<sup>164</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., p. 52, s'appuie ici sur la conception d'A. Pillet, selon laquelle « [l]e compromis est nécessaire pour investir les arbitres de leur fonction, mais une fois cette fonction conférée, pourvu que ceux-ci se tiennent dans les termes de la mission qui leur a été donnée, leur liberté est entière et la considération du compromis n'entre pour rien dans leur sentence, laquelle est empruntée à des motifs tout différents », cf. A. Pillet, *Traité pratique de droit international privé*, vol. 2, Allier, Grenoble 1924, p. 537. A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., p. 53 cite également l'opinion de H. Motulsky, d'après laquelle « les arbitres sont des particuliers, auxquels l'ordre juridique permet d'exercer une fonction qui est en principe réservée à l'État ».

<sup>165</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., p. 51 citant F. A. Mann, « Lex Facit Arbitrum », In P. Sanders (éd.) *International Arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke*, Nijhoff, La Haye 1967, n° 157, p. 160.

<sup>166</sup> F. A. Mann, *ibid.*, p. 160.

<sup>167</sup> « *The arbitration detached from all municipal laws is a myth, or at least only exists by virtue of permission granted by the lex loci arbitri* », A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, op. cit., p. 57, citant F. A. Mann.

jurisprudence française jusqu'en 1937, quand il a été délaissée par la décision *Roses*<sup>168</sup>. Cependant, comme l'a pertinemment présenté M. Henry, la juridiction française n'a pas entièrement adopté les hypothèses de la vision juridictionnelle de l'arbitrage, dans la mesure où elle se référait à la compétence de l'arbitre exercée dans le cadre de l'activité juridictionnelle de l'État. Nous pouvons donc considérer que l'arrêt *Del Drago* a plutôt introduit la fin du courant proclamant la nature purement contractuelle de l'arbitrage<sup>169</sup>.

31. Les auteurs polonais affirment, par contre, qu'en raison des influences marquantes de la législation allemande sur le domaine du droit privé, la vision polonaise de l'arbitrage était à l'origine juridictionnelle<sup>170</sup>. Cependant, le problème de la nature de l'arbitrage a été rarement abordé. Dans les rares hypothèses où les auteurs polonais ont discuté le problème de la nature de l'arbitrage – principalement à l'occasion de considérations générales sur la nature juridique de la convention d'arbitrage<sup>171</sup>, ils se sont contentés de définir cette dernière. Par conséquent, malgré le fait que la doctrine polonaise de l'entre-deux-guerres, suite à l'indépendance retrouvée de la Pologne en 1918, n'ait pas consacré beaucoup d'attention à la question du caractère de l'arbitrage, le décret susmentionné du Président de la République de Pologne du 29 Novembre 1930, indique l'impact de la théorie juridictionnelle sur l'arbitrage en Pologne<sup>172</sup>. Le même courant façonne la position de la doctrine polonaise après la deuxième guerre mondiale<sup>173</sup>.

---

<sup>168</sup> En ce sens J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 4 et Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris 1965, n° 17, p. 8. J. Rubellin-Devichi précise que la décision *Del Drago* se basait sur l'ouvrage d'A. Lainé, *Consultation*, Clunet, Paris 1899, p. 641.

<sup>169</sup> M. Henry, *op. cit.*, n° 29, p. 14.

<sup>170</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>171</sup> La discussion autour du problème de la nature juridique de la convention d'arbitrage est caractéristique pour les législations où l'influence du droit allemand est importante. La doctrine germanophone admet généralement le caractère mixte (processuel et matériel) de la convention d'arbitrage, v. M. Stacher, *Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, Dike, Zürich/St. Gallen 2007.

<sup>172</sup> A. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 48 se réfère à R. Kuratowski, *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932, p. 4. D'après la définition « juridictionnelle » de l'arbitrage de R. Kuratowski, le tribunal arbitral est un établissement judiciaire non-étatique, tranchant un litige par la volonté des parties et possédant le droit de rendre la justice de ce qui provient des textes de loi.

<sup>173</sup> Dès l'entrée en vigueur du Code de procédure de 1964 jusqu'aux années 1980, la vision de l'arbitrage en Pologne était comparable à celle d'avant-guerre, cf. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 48.

**Paragraphe 2. La signification de la théorie juridictionnelle pour le développement du concept de favor arbitrandum – l'évolution de la notion de compétence exclusive**

32. Dans le contexte comparatif de cette étude, un phénomène illustre la concurrence entre la sphère de juridiction étatique et privée. Il s'agit de la compétence exclusive attribuée par le législateur aux établissements de droit commun, en tant que limite imposée à l'arbitrabilité. En effet, pour essayer de cerner les contours de cette dernière, il n'est pas possible d'échapper à l'étude de la compétence exclusive. À cet égard, elle pourrait constituer un critère d'arbitrabilité, évoqué tant par les textes normatifs que par la doctrine à plusieurs reprises. Toutefois, malgré sa prétendue applicabilité au concept de l'arbitrabilité (A), elle n'est pas autonome en tant que critère dudit concept (B)<sup>174</sup>.

**A. La compétence exclusive comme critère applicable à l'arbitrabilité ?**

33. À l'égard de l'arbitrabilité, la référence à la compétence exclusive est indirecte dans la majorité des cas. En tant que telle, la compétence exclusive figure rarement au sein des dispositions de droit de l'arbitrage. L'exemple d'une telle approche législative se trouve au sein du droit français et polonais, qui ne prévoient pas directement de compétence exclusive, ni au profit d'une juridiction étatique, ni à celui d'une autorité administrative au titre de l'arbitrabilité. Bien sûr, les dispositions portant sur l'arbitrabilité peuvent renvoyer aux dispositions spéciales qui précisent des limites de l'arbitrage, relatifs à la compétence exclusive.
34. Contrairement aux droits français et polonais, les dispositions portant directement sur la compétence exclusive existent, notamment en droit allemand, belge, dans l'ancien droit suisse de l'arbitrage en matière interne et en droit portugais<sup>175</sup>. Le droit allemand

---

<sup>174</sup> Ce que nous percevons ici en termes de rattachement de la compétence exclusive à l'arbitrabilité (ou plutôt à l'inarbitrabilité) n'est pas analysé de la même façon par certains auteurs qui mettent plutôt l'accent sur l'obligation processuelle de dessaisissement du juge. C'est le cas notamment des juges étatiques ou arbitraux s'agissant de la compétence administrative, comme décrit par J. Billemont, *op. cit.*, note de bas de page n° 211, p. 69.

<sup>175</sup> Respectivement, l'art. 1030 al. 3 du ZPO (« *Gesetzliche Vorschriften außerhalb dieses Buches, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.* ») ; l'art. 1676 al. 5 du Code judiciaire belge, ci-après le bCj, (« *Sous réserve des exceptions prévues par la loi, est nulle de plein droit toute*

prévoit que, dans le cas des litiges patrimoniaux, la compétence de juridiction est exclusive uniquement en présence d'une disposition spéciale indiquant expressément un organe compétent<sup>176</sup>. Les dispositions introduisant la compétence exclusive ne font pas nécessairement obstacle à la conclusion d'une clause d'arbitrage valable (l'art. 1030 al. 2 du ZPO).

35. En droit suisse, avant la réforme de 2011, la compétence exclusive applicable *expressis verbis* au concept de l'arbitrabilité en matière interne, prévue par l'art. 5 du Concordat suisse de l'arbitrage, limitait, d'une manière impérative, la validité des actes de soumission volontaire à l'arbitrage aux litiges ne relevant pas exclusivement d'une autorité étatique<sup>177</sup>. À cause de la coexistence de deux critères déterminants de l'arbitrabilité dans la disposition citée ci-dessus – l'exclusivité de la compétence judiciaire et la libre disponibilité des droits, la doctrine suisse mettait, l'accent sur le chevauchement inévitable de ces deux critères, en attribuant à la compétence exclusive un caractère « accessoire » parmi des critères de l'arbitrabilité<sup>178</sup>. La doctrine suisse mettait ainsi en exergue le caractère formel de la non-arbitrabilité causée par une règle

---

*convention d'arbitrage conclue avant la naissance d'un litige dont le tribunal du travail doit connaître en vertu des articles 578 à 583 ») ; l'art. 5 du Concordat suisse de l'arbitrage du 27 mars 1969 (« L'arbitrage peut porter sur tout droit qui relève de la libre disposition des parties, à moins que la cause ne soit de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi »), l'art. 1 al. 1 de la loi portugaise du 29 août 1986 sur l'arbitrage (« Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros »).*

<sup>176</sup> Par exemple, la compétence exclusive territoriale du tribunal compétent par rapport au siège de la société anonyme (SA) dans le cas de la demande en annulation de la décision de son organe, cf. § 246 al. 3 de la loi du 6 septembre 1965 (*Aktiengesetz*), ci-après l'AktG.

<sup>177</sup> En effet, d'un point de vue historique, la doctrine suisse de la première moitié du XX<sup>ème</sup> s. était essentiellement dominée par la distribution des compétences judiciaires étatiques entre les autorités cantonales et fédérales (cf. le Concordat suisse de l'arbitrage du 27 mars 1968 et la Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987). Ce dualisme a perduré durant la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> s. dans un contexte de distribution des règles exclusives à l'échelle du droit fédéral (not. en matière de vente par acomptes et avec paiements préalables, de bail, d'engagement des voyageurs de commerce, de fonds de placement et de juridiction gracieuse) et sur le plan du droit cantonal (not. pour les conflits de travail).

<sup>178</sup> Cf. également *contra* P. Lalive, J.F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, éd. Payot, Lausanne 1989, p. 54 : « (...) ce critère ne fait pas double emploi avec le premier, mais vient le compléter car il est plus large et différent ». Les auteurs cités soulignent que le critère de compétence exclusive doit être évalué d'après son caractère potentiellement impératif qui pourrait ainsi exclure tout arbitrage « même au sujet de droits en principe disponibles pouvant faire l'objet d'une renonciation ou d'une transaction ».

de procédure pouvant écarter la libre disposition des parties à l'aide d'une disposition spéciale impérative (fédérale ou cantonale)<sup>179</sup>.

## **B. La compétence exclusive comme critère non autonome d'arbitrabilité**

36. Aussi bien en droit français qu'en droit polonais, on distingue dans la procédure civile, notamment la compétence territoriale et la compétence matérielle. Ces règles de compétence sont généralement décrites par les termes « d'ordre public » en droit français et « impératives » en droit polonais<sup>180</sup>. La prorogation contractuelle de ces compétences n'est pas exclue<sup>181</sup> sauf cas exceptionnel<sup>182</sup>. Le manque de pertinence de la compétence exclusive en tant que critère d'arbitrabilité paraît également universel, tant en droit français (1) que polonais (2).

### **1. En droit français**

37. La compétence exclusive<sup>183</sup> est présentée dans la doctrine française, comme un critère additionnel de l'arbitrabilité<sup>184</sup> par rapport à celui de l'ordre public et de la disponibilité des droits, faisant partie de l'ordre public juridictionnel<sup>185</sup>. Le catalogue actuel des questions sur lesquelles il n'est pas possible de compromettre, prévu par l'art. 2060 du

---

<sup>179</sup> P. Jolidon, *Commentaire du Concordat Suisse sur l'arbitrage*, Staempfli & Cie SA, Berne 1984, pp. 151 - 154. L'auteur donne l'exemple des dispositions suisses sur les cartels laissant une possibilité de choix aux parties, quand bien même elles imposent à peine de nullité le choix entre un tribunal arbitral et un juge ordinaire, n'excluent pas cependant l'arbitrabilité, cf. *ibid*, p. 163.

<sup>180</sup> Dans ce cas les notions « d'ordre public » et du caractère « impératif » d'une règle emportent les mêmes conséquences juridiques.

<sup>181</sup> V. p.ex. les articles 41 et 48 du frCPC.

<sup>182</sup> V. l'art. 46 § 2 du plCPC.

<sup>183</sup> D'un point de vue historique, le concept de la compétence exclusive dans le sens actuel est connu en France dès la Révolution qui, par le décret du 16 fructidor an III et la loi des 16 et 24 août 1790 a proclamé la séparation des pouvoirs. Par ces lois, les litiges de nature administrative ont été soumis à l'autorité administrative ce qui a exclu la compétence d'un juge judiciaire ou d'un arbitre. Il s'agissait à l'époque surtout d'attribuer au juge administratif la compétence de statuer sur des litiges relatifs à l'activité des personnes publiques et certaines sanctions pénales.

<sup>184</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 90, p. 66.

<sup>185</sup> En ce sens *ibid.*, p. 68.

frCc<sup>186</sup>, constitue une indication générale et universelle des matières faisant partie de l'ordre public. Il peut arriver qu'elle nécessite cependant une précision législative par d'autres dispositions qui introduisent la compétence exclusive *in concreto*<sup>187</sup>.

38. L'attribution d'une compétence exclusive est elle-même d'ordre public en droit français et rend impossible la stipulation d'une convention d'arbitrage licite en matière interne dans un sens qui correspondrait aux effets d'une convention attributive de juridiction<sup>188</sup>. Dans ce cas, la compétence exclusive va toutefois au-delà d'un simple effet inhibitoire puisqu'elle désigne « un monopole » de compétence étatique<sup>189</sup>. En ce sens, la règle de compétence exclusive correspond à une hypothèse d'inarbitrabilité, de manière partielle ou en totalité. L'existence d'un tel monopole de la juridiction étatique illustre la concurrence entre l'*imperium* de l'État et la liberté attribuée aux parties.
39. Pour que la compétence exclusive puisse exclure l'arbitrage, son « lien » avec l'ordre public doit être fort. Plus précisément, il faut qu'elle soit « impérative », ce que les auteurs français décrivent comme la contrariété d'un litige à l'ordre public « en soi »<sup>190</sup>. Il s'agit en effet d'une règle d'ordre public juridictionnel, interdisant le recours à l'arbitrage en raison de la protection de l'intérêt général quand le litige implique un tel intérêt<sup>191</sup>. En raison néanmoins de la fluidité de la notion d'ordre public, une distinction entre la compétence « seulement exclusive » et « impérative » n'est pas claire, ce qui

---

<sup>186</sup> Les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation de corps, les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics ainsi que toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

<sup>187</sup> Un catalogue similaire, indiquant les droits soustraits à la libre disposition des parties, notamment les droits liés au statut personnel et étant « *communiqués au ministère public* », se retrouve en droit belge à l'art. 764 du bCj.

<sup>188</sup> Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité: présentation méthodologique », *RJC*, 1996, n° 20, p.5.

<sup>189</sup> Ainsi M. Billemont, *op. cit.*, n° 94, p. 68 d'après les travaux de H. Sinay, « La compétence exclusive », *JCP G.*, I, 1958, p. 1451. Les conséquences procédurales du monopole de la juridiction étatique sont nombreuses : la question préjudicielle résolue par la juridiction compétente, l'obligation d'une juridiction incompétente de surseoir à statuer, l'irrecevabilité de l'exception de litispendance ainsi que l'impossibilité de statuer par voie d'exception.

<sup>190</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 77 - 78, pp. 59 et s. V. également H. Motulsky, note sous Cass., 7 fév. 1958 ; *JCP* 1958, II, 10 777 : « *l'interdiction de l'arbitrage ne résulte pas de la seule attribution exclusive de compétence ; elle ne doit être admise que dans les cas où cette attribution traduit l'idée que le règlement du différend par la voie arbitrale apparaît, en soi, comme contraire à l'ordre public* ».

<sup>191</sup> En ce sens J. Billemont, *op. cit.*, pp. 66 et s.

n'a pas échappé aux partisans même de cette doctrine<sup>192</sup>. Alors que certaines hypothèses ne posaient pas de doutes quant à l'inarbitrabilité des litiges nés, par exemple, de la faillite<sup>193</sup>, la doctrine et la jurisprudence de l'époque de l'influence marquante du courant juridictionnel (des années 1920 jusqu'à des années 1960), étaient plus hésitantes dans les affaires concernant les baux ruraux (la compétence exclusive du Tribunal paritaire)<sup>194</sup> et l'admissibilité de la clause compromissoire dans les contrats de travail et dans les conventions collectives (la compétence exclusive de la juridiction prud'homale)<sup>195</sup>. Aussi, le fait que des doutes de cette nature touchaient moins à la question de la licéité du compromis en droit de travail est expliqué par une partie de la doctrine à travers le constat de ce que « *le contrat de travail n'est pas une matière soustraite entièrement et par nature<sup>196</sup> à l'arbitrage, mais seulement dans la mesure où elle touche à l'ordre public* »<sup>197</sup>.

40. À la lumière des doutes de la doctrine française, selon laquelle le critère de la compétence exclusive ainsi conçu ne correspond pas entièrement au concept de l'arbitrabilité<sup>198</sup>, M. Jarrosson a repris cette discussion, en clarifiant que la relation entre l'arbitrabilité d'un litige et la règle d'ordre public dépend de la raison qui justifie la décision du législateur<sup>199</sup>. Cette dualité ne se réfère pas à une législation spécifique, mais concerne les types de litige, ce qui semble davantage universel pour les droits en question. D'un côté, si la *ratio legis* de la compétence exclusive provient de la répartition des tâches entre les juridictions, et est relative à l'organisation interne d'un

---

<sup>192</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 79, p. 60.

<sup>193</sup> H. Motulsky, note sous Cass. civ., 7 février 1958, *préc.* : « (...) dans la mesure où un litige relève de la compétence exclusive du Tribunal ».

<sup>194</sup> La jurisprudence a admis que l'interdiction de l'arbitrage dans ce cas n'est pas totale, v. CA Paris, 27 juin 1957, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 144 ; CA Angers, 27 mars 1953.

<sup>195</sup> La clause compromissoire n'était pas autorisée par la loi du 31 décembre 1925 et elle était interdite dans les conventions collectives visant les conflits individuels par les lois du 23 décembre 1946 et du 11 janvier 1950, malgré le fait qu'elle était admise antérieurement, en vertu de la loi du 25 mars 1919.

<sup>196</sup> Nous assumons que la définition des litiges qui rentrent dans le champ de qualification de l'ordre public « par nature » ne répondent pas aux besoins de clarté et de sécurité juridique.

<sup>197</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 82, pp. 62 et s. citant M. Hébraud, *RTD civ.*, 1958, p. 664.

<sup>198</sup> Cf. surtout J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, pp. 58 - 63.

<sup>199</sup> Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *op. cit.*, p. 5.



ordre juridique<sup>200</sup>, elle contribue à assurer une bonne administration de la justice. Dans ce cas, l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue<sup>201</sup>. D'un autre côté, cependant, si la *ratio legis* concerne l'ordre public, qui peut être atteint quand la matière touche à des prérogatives souveraines de l'État ou intéresse des tiers, un litige n'est pas arbitral puisque la règle d'ordre public le rend indisponible<sup>202</sup>.

41. Par conséquent, il paraît que ce n'est pas l'exclusivité des compétences des juridictions étatiques qui est à l'origine de l'arbitrabilité. La compétence exclusive semble davantage constituer un critère « indirect » de l'arbitrabilité, justifié ou non par l'indisponibilité des droits ou, plus généralement, par des considérations d'ordre public (juridictionnel) à la base de l'exclusion de l'arbitrage<sup>203</sup>. Pour cette raison, nous partageons sur ce point l'avis de M. Billemont qui a justement souligné le caractère confus de la division entre la compétence « exclusive » et « impérative »<sup>204</sup>. En effet, selon cet auteur, si on admet que la règle exclusive est elle-même d'ordre public, elle

---

<sup>200</sup> Le terme de la « *division du travail judiciaire* » a été employé par G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, 3<sup>ème</sup> éd., PUF, Paris 1996, n° 160.

<sup>201</sup> Notamment en droit français les actions réelles immobilières ressortent de la compétence exclusive du tribunal de grande instance. Cependant, déjà au cours du XIX<sup>ème</sup> s, quand la théorie contractuelle de l'arbitrage est née, une décision de la Cour de cassation, Cass. Req., 12 nov. 1811, a validé le compromis concernant un litige relatif à une construction sur un chemin communal. Plus récemment, la Cour d'appel de Versailles a admis l'arbitrabilité de la prétention portant sur l'état d'enclave d'un fonds, v. CA Versailles, 25 septembre 1997, *RDI* 1998, p. 287; les décisions citées par J. Billemont, *op. cit.*, n° 97, p. 71. C'est sur ce point que certains auteurs suggèrent le défaut de pertinence du critère de la compétence exclusive, cf. J. Billemont, *op. cit.*, n° 97, p. 71. Nous considérons, toutefois, que l'exemple susmentionné peut également, d'un point de vue historique, indiquer la relation entre la *favor arbitrandum* et le courant théorique de l'arbitrage dans la mesure où l'arbitrabilité est plus facilement reconnue à la lumière de la vision contractuelle ou autonome de l'arbitrage.

<sup>202</sup> Notamment, il s'agit de la compétence d'un tribunal pour résoudre les litiges entre les créanciers et les débiteurs dans le cadre d'une procédure collective. L'art. R. 662-3 du Code de commerce français prévoit que le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est compétent dans chaque matière concernant la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaire. La compétence exclusive du tribunal de commerce est reconnue par la jurisprudence depuis la propagation de la théorie juridictionnelle en France, v. Cass. Req., 29 octobre 1888, *DP* 1889, 1, p.13, solution réaffirmée dans une décision plus récente : Cass. com., 8 juin 1992, *Bull. civ.*, IV, n° 233.

<sup>203</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 114, p. 127. Actuellement, la compétence exclusive des tribunaux de grande instance en droit français est réservée à des cas portant sur la nationalité, le mariage, le divorce, les actes d'état civil, la filiation et l'autorité parentale: v. l'art. 29 du frCc et l'art. 1038 du frCPC (la nationalité), l'art. 177 du frCc (le mariage), l'art. 247 du frCc, version en vigueur avant 2017 (le divorce), ainsi que les articles 89, 99 et 122 du frCc (la déclaration de décès, la déclaration d'absence et la rectification de l'état civil).

<sup>204</sup> V. J. Billemont, *op. cit.*, n° 100, pp. 72 et s.

possède en droit français un caractère impératif. Cependant, comme c'est le cas d'ailleurs en droit polonais, elle se situe au niveau le plus haut parmi les règles de compétences juridictionnelles, et il semble illogique de constater que « *la compétence impérative est plus impérative que la compétence exclusive* »<sup>205</sup>. En outre, en raison de l'existence de litiges arbitrables, malgré la compétence exclusive et impérative de l'autorité juridictionnelle étatique<sup>206</sup>, ce n'est pas la compétence en question qui définit au préalable les limites de la liberté contractuelle. Du fait de son enracinement parfois ambigu dans la notion d'ordre public, il peut servir d'outil pour « une justification *a posteriori* » de l'inarbitrabilité<sup>207</sup>. Il en ressort que, malgré la nécessité objective de protection de la partie faible ou de l'intérêt général, qui « se cachent » derrière le concept d'ordre public, nous percevons davantage la fluctuation de la jurisprudence française portant sur la fixité de la compétence exclusive en tant qu'instrument de maintien de la concurrence entre le monopole juridique de l'État et la liberté de compromettre, comme décrite par la théorie juridictionnelle. Dès lors, il est impossible de constater la pertinence de la compétence exclusive en tant que critère d'arbitrabilité.

## 2. En droit polonais

42. Le droit polonais de l'entre-deux-guerres a été influencé par la théorie juridictionnelle de l'arbitrage. Il nous paraît donc opportun d'analyser l'impact possible de ce courant théorique sur l'arbitrabilité, principalement dans les années 1930, quand le droit polonais (notamment le droit de la procédure civile) s'est cristallisé à nouveau, jusqu'à l'avènement du régime socialiste (1945-1989). Même si la réglementation de l'arbitrabilité après la deuxième guerre mondiale indique également une forte influence de l'État sur l'étendue de la liberté des parties, les facteurs de cette influence sont bien

---

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> Parmi les exemples actuels en droit français qui admettent l'arbitrabilité d'un litige malgré la présence d'une règle de compétence exclusive et impérative, se trouvent notamment les litiges portant sur les droits d'auteur, les brevets, les marques et dessins/modèles : v. les articles L. 331-1, L. 615-17, L. 716-4 et L.521-3-1 de la loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, réformée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, ci-après le CPI. L'art. L. 331-1 *in fine* du CPI prévoit que ses dispositions concernant notamment la compétence exclusive des tribunaux de grande instance « *ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du C. civ.* ».

<sup>207</sup> Ainsi J. Billefont, *op. cit.*, n° 101, p. 73.

différents des hypothèses de la théorie juridictionnelle et proviennent de l'idéologie politique.

43. L'art. 8 du décret du Président de la République de Pologne du 29 Novembre 1930, a introduit le principe de primauté de la juridiction étatique. La nature « civile » des affaires – qualité qui constitue toujours en droit polonais une condition de base pour que litige soit arbitral – pouvaient être résolues « aussi » par des tribunaux d'arbitrage. Cette disposition a été concrétisée par la jurisprudence qui admettait la liberté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage dans « *tous les cas, où la volonté des parties peut librement apparaître et n'est pas limitée par la loi* »<sup>208</sup>.
44. Par conséquent, comme en France, la compétence exclusive de la juridiction étatique n'a pas été incluse dans les dispositions de la loi polonaise de l'arbitrage, mais elle était prévue dans des dispositions spéciales. La doctrine reconnaissait traditionnellement des restrictions relatives à l'ordre public et aux bonnes mœurs qui limitaient la liberté des parties à « s'obliger ».<sup>209</sup> Les dispositions spéciales introduisant la compétence exclusive de la juridiction étatique étaient peu nombreuses.
45. Un exemple classique d'attribution d'une compétence exclusive au profit de la juridiction étatique était prévu dans l'ancien droit polonais du travail. Les tribunaux du travail<sup>210</sup>, considérés par le pICPC de 1930 comme des juridictions de droit commun<sup>211</sup>, étaient exclusivement compétents pour résoudre les litiges futurs opposants les

---

<sup>208</sup> SN. I 165/28, non-publié, cité par A. Suszał, *op. cit.*, p. 122, « (...) układ o sąd polubowny może być zawarty w tych wszystkich wypadkach, gdzie wola stron może się swobodnie ujawniać ». Dans cette affaire, la Cour suprême s'est prononcé, d'une manière libérale, en faveur de l'admissibilité de l'arbitrage dans le cas d'une prétention pécuniaire issue d'un délit.

<sup>209</sup> L'art. 510 du pICPC de 1930 concevait la clause d'ordre public en tant que critère de l'annulation de la décision arbitrale. Sur la spécificité de la position du droit polonais concernant l'ordre public, v. *infra*. Cf. également S. Gołąb, Z. Wusatowski, *Kodeks sądów polubownych : przepisy księgi trzeciej kodeksu postępowania cywilnego poprzedzone wstępem, zawierającym rzut oka na sadownictwo polubowne i objaśnione na podstawie materiałów komisji kodyfikacyjnej, literatury oraz orzecznictwa sądów polskich : z przepisami o stałych sadach i komisjach polubownych i o klauzulach arbitrażowych*, Księg. Powszechna, Kraków 1933, p. 57.

<sup>210</sup> En Pologne, les « tribunaux de travail » (*sądy pracy*) correspondent aux conseils de prud'hommes en France.

<sup>211</sup> V. les articles 1 et 2 du pICPC de 1930.

employés aux employeurs. L'arbitrabilité des litiges relevant de cette matière a été reconnue seulement dans le cas d'un compromis<sup>212</sup>, la *ratio legis* de cette restriction relevant comme aujourd'hui, du principe de protection de la partie faible au contrat. Ensuite, le droit polonais prévoyait également, dans le Code de commerce, l'inarbitrabilité des litiges portant sur la vente à tempérament<sup>213</sup>. L'art. 563 du Code de commerce disposait que « *le vendeur peut réclamer ses prétentions contre l'acheteur uniquement devant une juridiction étatique possédant une compétence générale* ». Seul l'acheteur était autorisé à soumettre un tel litige devant un tribunal arbitral. La doctrine de l'époque cherchait cependant des solutions pour limiter la sphère de « *l'imperium* » de la juridiction étatique. Elle postulait notamment que l'impossibilité de conclure une convention d'arbitrage concernant ce type de litiges, n'excluait pas, nécessairement, la présentation des prétentions d'un vendeur sous forme de demande de compensation au cours d'une instance arbitrale introduite par un acheteur<sup>214</sup>.

46. Au vu de cet exemple, il nous semble, par conséquent, que, malgré les influences de la théorie juridictionnelle sur le droit polonais de l'arbitrage, l'existence des tendances positives pour l'arbitrabilité peut prouver un phénomène partiellement distinct de la position générale du législateur face à l'arbitrage. L'exemple mentionné ci-dessus souligne également la différence entre l'arbitrabilité *in abstracto* et l'arbitrabilité *in concreto*, la dissemblance de concept de l'arbitrabilité dont les illustrations sont surtout présentes dans la doctrine allemande<sup>215</sup>. La doctrine polonaise, sur la base de l'exemple des litiges concernant la vente à tempérament, démontrait aussi une distinction entre la présentation des prétentions et la réalisation des droits subjectifs<sup>216</sup>. À cet égard, il paraît que l'inarbitrabilité des litiges issue de la compétence exclusive peut bloquer la possibilité de déclenchement de la procédure arbitrale, puisque la convention

---

<sup>212</sup> L'art. 37 de la loi sur les tribunaux de travail, *Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej* du 24 octobre 1934 – *Prawo o sądach pracy* (Dz. U. n° 95, pos. 854).

<sup>213</sup> L'art. 563 du Code de commerce de 1934 (Dz. U. n° 57, pos. 502).

<sup>214</sup> J.J. Litauer, *Komentarz do procedury cywilnej: suplement*, Drukarnia „Antiqua”, St. Szulc i S-ka, Warszawa 1935, p. 45.

<sup>215</sup> C'est notamment le cas de la controverse concernant l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des décisions sociales en Pologne, cf. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Sections I et II.

<sup>216</sup> Cf. la doctrine actuelle, p. ex. Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, C. H. Beck, Warszawa 2007, pp. 89 et s.

d'arbitrage ne peut pas être conclue, mais elle ne limite pas nécessairement la revendication des droits subjectifs. L'inadmissibilité de la convention d'arbitrage n'exclut pas l'arbitrabilité *in abstracto* qui peut être concrétisée par une réelle possibilité de l'examen des prétentions en question par un arbitre. Cela montre en conséquence le manque de pertinence de la compétence exclusive en tant que critère de l'arbitrabilité, comme cela a été postulé dans le contexte du droit français<sup>217</sup>.

47. La doctrine polonaise d'aujourd'hui, à l'instar de son enracinement dans la théorie juridictionnelle de l'arbitrage, souligne toutefois un autre aspect procédural dans le contexte de l'arbitrabilité des litiges. D'après les articles 1 et 2 du pLPC, l'arbitrabilité est attribuée uniquement aux litiges correspondant aux affaires de nature civile et appartenant à la voie du procès civil. Cette dernière peut être reconnue si aucune autre disposition spéciale ne prévoit la compétence d'un autre organe. Peuvent donc être résolues par voie d'arbitrage les affaires pour lesquelles la juridiction de droit commun est compétente<sup>218</sup>.
48. Ainsi, en raison de l'inadmissibilité de la voie du procès civil, l'arbitrabilité n'est pas reconnue, à titre d'exemple, dans certains litiges portant sur la propriété industrielle, pour lesquels l'Office Polonais des Brevets (*Urząd Patentowy Rzeczypospolitej Polskiej*) est exclusivement compétent<sup>219</sup>. Par contre, les litiges pour lesquels la voie du procès civil est admise, sont arbitrables.<sup>220</sup> Les litiges portant sur les droits d'auteur semblent également arbitrables en droit polonais, en l'absence de dispositions spéciales prévoyant la compétence exclusive des autres organes<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 97, p. 70.

<sup>218</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrazowy*, LexisNexis, Warszawa 2008, p. 117; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183<sup>1</sup>- 183<sup>15</sup>, 1154 – 1217 KPC)*, Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2006, n° 6, p. 116.

<sup>219</sup> D'après l'art. 255 al. 1 de la loi du 30 juin 2000 sur la propriété industrielle (*Prawo własności przemysłowej*, Dz.U. 2017 pos. 776, ci-après la loi sur la propriété industrielle), sont inarbitrables les litiges portant sur l'annulation du brevet, l'annulation des droits accessoires de protection, l'annulation du brevet européen, l'annulation de la reconnaissance en Pologne de la protection d'une marque internationale et l'expiration des brevets. Cf. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre II, Section I.

<sup>220</sup> D'après l'art. 284 de la loi du 30 juin 2000 – *Prawo własności przemysłowej*, la voie du procès civil est attribuée aux litiges portant notamment sur la reconnaissance des droits de l'auteur d'un projet d'invention ou d'un brevet et sur le droit de protection d'une marque.

<sup>221</sup> Pour une analyse comparative des solutions polonaises en droit de la propriété intellectuelle et industrielle, v. R. Sikorski, *op. cit.*, pp. 43 – 53.

49. D'après certains auteurs de droit comparé, l'influence du courant juridictionnel est de nos jours particulièrement visible dans les pays de l'ancien régime socialiste, comme la Pologne<sup>222</sup>, où les tribunaux d'arbitrage les plus importants ont leur siège auprès des chambres commerciales et maintiennent de ce fait une forte connexion avec l'État. C'est ainsi le cas de l'institution arbitrale la plus importante en Pologne, la Cour d'arbitrage auprès de la Chambre de Commerce à Varsovie<sup>223</sup>. Comme le soulignent ces auteurs, l'arbitrage est considéré dans les pays postsocialistes comme le mode officiellement privilégié de résolution des litiges, y compris l'arbitrage international<sup>224</sup>. De notre point de vue, l'ancien modèle soviétique de l'ex-URSS explique sans doute une telle position. En effet, dès 1930, existaient dans ce pays deux institutions permanentes d'arbitrage siégeant auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de l'URSS à Moscou<sup>225</sup>. Cependant, comme l'admet également la littérature de droit comparé, l'influence de la théorie juridictionnelle sur la vision du droit de l'arbitrage dans les pays de l'ancien bloc socialiste est plus évidente dans les matières procédurales<sup>226</sup>. À cet égard, une immunité des arbitres est comparable à celle des juges étatiques, de même pour la possibilité de continuer l'instance en l'absence d'une des parties, ainsi que pour le caractère définitif et obligatoire de la décision arbitrale<sup>227</sup>.

---

<sup>222</sup> J. D. M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, op. cit., n<sup>os</sup> 5-15.

<sup>223</sup> *Sąd Arbitrażowy przy Krajowej Izbie Handlowej w Warszawie SAKIG* (Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw).

<sup>224</sup> 20 % des cas traités annuellement par la Cour d'arbitrage SA KIG à Varsovie revêtent un caractère international, v. [http://finanse.wnp.pl/360-spraw-wplynelo-w-tym-roku-do-sadu-arbitrazowego-przy-kig,123530\\_1\\_0\\_0.html](http://finanse.wnp.pl/360-spraw-wplynelo-w-tym-roku-do-sadu-arbitrazowego-przy-kig,123530_1_0_0.html)

Disponible sur le site de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce polonaise de Varsovie: <http://www.sakig.pl>. En 2017 10 % des cas présente un caractère international, v. *supra*, Introduction.

<sup>225</sup> La commission d'Arbitrage Maritime « CAM » (litiges relatifs aux rapports contractuels en matière de navigation commerciale maritime) et la Cour d'Arbitrage du Commerce Extérieur « CACE » (litiges intéressant le commerce extérieur, y compris économique, scientifique et technologique à l'échelle internationale).

<sup>226</sup> J. D. M. Lew, L.A. Mistelis, S.M. Kröll, op. cit., n<sup>o</sup> 5- 21.

<sup>227</sup> *Ibid.*

### SECTION III. LE CARACTÈRE HYBRIDE DE L'ARBITRAGE

50. D'un côté, les éléments contractuels de l'arbitrage sont incontestables, du fait de ses origines et du rôle joué par la volonté des parties dans le déroulement de l'instance. En même temps, le fondement de l'arbitrage est associé à la matière juridictionnelle en raison de la mission des arbitres de trancher un litige, du principe compétence-compétence et de la nature comparable de la sentence arbitrale à celle rendue par un juge étatique. Comme le précise R. David, « *il est clair que l'arbitrage intéresse l'administration de la justice ; il n'est pas moins certain que l'arbitre tient ses pouvoirs et les voit définis par une double convention intervenue entre les parties d'une part (convention arbitrale), entre l'arbitre et les parties d'autre part (receptum arbitri). C'est une simplification abusive de ne vouloir retenir qu'un seul de ce caractère pour lui rattacher toute la réglementation de l'arbitrage* »<sup>228</sup>. Sa nature juridictionnelle n'était donc plus contestée, « *même si son origine reste contractuelle* »<sup>229</sup>.
51. Ainsi, la doctrine de la majorité des ordres juridiques modernes s'est prononcée en faveur de la nature hybride de l'arbitrage. Selon Ph. Fouchard, l'arbitrage possède une nature hybride qui se manifeste par des éléments contractuels accompagnés par certains caractères procéduraux<sup>230</sup>. S'agissant de M. de Boissésou, ce dernier décrit l'arbitrage comme un phénomène « composite » en soulignant sa nature tripartite – contractuelle dans le contexte de sa genèse, juridictionnelle dans le contexte de la sentence et procédurale dans le sens « technique » qui se réfère à l'instance arbitrale<sup>231</sup>. Pour J. Robert, l'arbitrage représente « *l'institution juridictionnellement libre* » où les tâches des arbitres restent juridictionnelles, mais leurs compétences proviennent de l'accord des parties qui façonne l'arbitrage, n'étant pas soumis uniquement aux lois

---

<sup>228</sup> R. David, « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », *op. cit.*, n° 86.

<sup>229</sup> B. Oppetit, « Arbitrage Juridictionnel, arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 420.

<sup>230</sup> Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 18.

<sup>231</sup> M. De Boissésou, *op. cit.*, p. 5 ; v. également les opinions similaires de J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 18 ; H. Motulsky, *Écrits II, Études et notes sur l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 464.

impératives<sup>232</sup>. Une telle solution semble évidente, et même banale<sup>233</sup>. Toutefois, elle permet non seulement de prendre en compte l'origine conventionnelle et le but juridictionnel de l'arbitrage, mais également d'envisager la multiplicité des concepts existants dans différents ordres juridiques<sup>234</sup>.

52. Cependant, la question se pose de savoir à quel point cette vision de l'arbitrage contribue à la compréhension du développement du concept de l'arbitrabilité. Pour démontrer comment et dans quelle mesure les postulats de la théorie mixte ont façonné le phénomène de la *favor arbitrandum* dans différents ordres juridiques, notamment dans la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, nous allons étudier la portée de la théorie hybride (**Paragraphe 1**), pour pouvoir ensuite évaluer son impact sur le concept et la réglementation de l'arbitrabilité (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. La portée de la théorie mixte de l'arbitrage***

53. Les origines des postulats de la théorie mixte ont évolué entre la fin du période de la popularité du courant juridictionnel et l'apparition de la théorie autonome, leur coloration demeurant pourtant juridictionnelle. Selon l'analyse d'E. Gaillard, elles découlent de la vision territorialiste de l'arbitrage commercial, selon laquelle celui-ci s'internationalise mais reste réduit à une composante d'un ordre juridique étatique donné. Enraciné par l'idée que « *lex facit arbitrum* », ce courant assimile l'arbitre au juge de l'État du siège et part du principe que la source légitime de l'arbitrage international se trouve dans l'ordre juridique du for. Par conséquent, l'intégralité du régime de l'arbitrage – arbitrabilité comprise – repose sur la *lex loci arbitri*<sup>235</sup> étant l'équivalent de la *lex fori*.

---

<sup>232</sup> J. Robert, « De la place de la loi dans l'arbitrage », In *International arbitration : Liber Amicorum for Martin Domke*, *op. cit.*, pp. 227-229.

<sup>233</sup> Certains auteurs parlent d'une « lapalissade » dans le contexte de la théorie hybride de l'arbitrage, cf. R. David, « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », *op. cit.*, n° 86.

<sup>234</sup> En ce sens M. Henry, *op. cit.*, n° 33, pp. 16 et s.

<sup>235</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 11-16, pp. 34 -41.



54. Une telle approche a suscité de nombreuses critiques. Notamment, la division des éléments contractuels et juridictionnels de l'arbitrage, élaborée dans la doctrine suisse par G. Sauser-Hall à la base des postulats de la théorie mixte,<sup>236</sup> en menant à la séparation du contrat d'arbitrage de la procédure arbitrale, a mis à jour la multiplicité ambiguë des lois possiblement applicables par les arbitres<sup>237</sup>. C'est pour cette raison que, même si les tenants de la théorie hybride étaient favorables à la *lex loci arbitri* en tant que loi applicable à la procédure arbitrale, en raison de l'intérêt plus manifeste du pays du siège du tribunal arbitral pour le contrôle de la conformité de l'arbitrage avec son ordre public par rapport au droit du pays où le contrat d'arbitrage a été conclu, la conception mentionnée ci-dessus a finalement été remise en question<sup>238</sup>.
55. De la même façon, la doctrine a critiqué les arguments des défenseurs de la théorie mixte qui voyaient en ses hypothèses une base de l'unification de droit de l'arbitrage<sup>239</sup>. Ainsi, J. Rubellin-Devichi, se référant à la distinction entre les éléments contractuels et juridictionnels de l'arbitrage, souligne le caractère « antinomique » des notions de contrat et de juridiction, ce qui constitue un obstacle à la création d'un système moniste et unifié de l'arbitrage commercial<sup>240</sup>. Il n'en demeure pas moins que le régime de la Convention de New York a, dans une certaine mesure, sauvé des postulats de la théorie mixte, en créant l'un des premiers systèmes normatifs applicables à l'arbitrage commercial international. Avec la renonciation à la condition de double *exequatur*, la sentence arbitrale pouvait désormais être reconnue indépendamment de la position du juge étatique du pays où l'arbitrage a eu lieu, et dont la loi régit ses aspects procéduraux.

---

<sup>236</sup> Pourtant, elles ne remettent pas en cause l'existence même des éléments au sein de l'arbitrage, mais se concentrent sur l'assignation schématique de ceux-ci à deux groupes, v. A. Samuel, *Jurisdictionnal Problems (...)*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>237</sup> J. Rubelin-Devichi, *op. cit.*, p. 111. V. également High Court of Justice, *Black Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhoff Aschaffenburg A.G.*, EWHC 1981, 2 *Lloyd's Rep.* p. 446. Cette décision analyse l'applicabilité du droit anglais au contrat d'arbitrage d'après les règles de la *lex fori*, la *lex contractus*, la *lex contractus arbitri* et la *lex arbitri*.

<sup>238</sup> A. Samuel, *Jurisdictionnal Problems (...)*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>239</sup> *Ibid*, p. 64.

<sup>240</sup> Une telle approche a été présentée récemment dans la doctrine polonaise, v. J. Zralek, *Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017, p. 17.

56. En France, une vision mixte de la nature de l'arbitrage était consacrée déjà par les commentateurs de l'arrêt *Del Drago*<sup>241</sup>. D'après ces derniers, ce sont les parties qui créent et fixent elles-mêmes, par le contrat d'arbitrage, des limites de la juridiction privée<sup>242</sup>. Dans le même sens, les compétences décisives des cours étatiques sont reprises par des arbitres. La théorie hybride de l'arbitrage a été confirmée, ensuite, par la réforme du frCPC de 1980<sup>243</sup>. La doctrine, qui s'est prononcé sur la réforme, soulignait la nécessité d'adaptation du règlement à la nature double de l'arbitrage – à la fois conventionnelle et juridictionnelle. Ce but a été atteint par la construction même du texte législatif, lequel a séparé les dispositions concernant les conventions arbitrales de celles prévoyant le régime procédural de l'instance<sup>244</sup>. En effet, la nature conventionnelle de l'arbitrage a été affirmée par la reconnaissance de la clause compromissoire<sup>245</sup>. Cette affirmation a été également accompagné par le renforcement des éléments juridictionnels de l'arbitrage – l'acceptation de l'autorité de la chose jugée de la sentence arbitrale et l'approbation du principe compétence-compétence<sup>246</sup>.
57. En ce qui concerne la Pologne, l'influence de la théorie mixte sur le droit de l'arbitrage est difficilement discernable, la période de son développement en Europe de l'Ouest étant reflétée en Pologne par l'essor du droit socialiste et le principe de l'économie planifiée de 1949 (entrée en vigueur du Décret sur l'arbitrage commercial de l'État<sup>247</sup>)

---

<sup>241</sup> *Ibid.* p. 60. A. Samuel se réfère à F. Surville, F. Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, Rousseau, Paris 1915, pp. 634 et s. A Samuel indique que pour F. Surville la décision arbitrale se situe entre le contrat et le jugement.

<sup>242</sup> *Ibid.* p. 60. Cette idée était partagée ensuite par Sauser-Hall, cité par A. Samuel analysant l'arbitrage comme « bien que puissant, son efficacité dans l'accord des volontés des parties qui se manifeste par le contrat d'arbitrage, il a un caractère juridictionnel impliquant l'application des règles de procédure », v. A. Samuel, *ibid.* p. 60.

<sup>243</sup> D'après J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, p. 18, « la réforme (...) a renforcé chacun de deux éléments de l'arbitrage ».

<sup>244</sup> G. Cornu, « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Rev. arb.*, 1980, p. 725. Le Livre IV du frCPC de 1980 contenait des dispositions « contractuelles » sur les conventions arbitrales au Titre 1, des dispositions procédurales sur l'instance arbitrale au Titre 2, des dispositions sur la sentence arbitrale au Titre 3 et des dispositions sur les voies de recours au Titre 4.

<sup>245</sup> Art. 1442 du frCPC de 1980.

<sup>246</sup> Respectivement, les articles 1476 et 1466 du frCPC de 1980.

<sup>247</sup> Le Décret du 5 août 1949, *Dekret Rady Ministrów o państwowym arbitrażu handlowym*, *Dz. U.* n° 46, pos. 340, réformé ensuite par la loi du 23 octobre 1975, *Ustawa o Państwowym Arbitrażu Gospodarczym*, *Dz. U.* n° 14, pos. 183.

jusqu'à 1965 (réforme du pLCPC) et même jusqu'à 1989<sup>248</sup>. Pourtant, le droit polonais, marqué par la théorie juridictionnelle de l'arbitrage, reste influencé par la doctrine et jurisprudence allemande depuis la période de l'entre-deux-guerres. Les postulats de la théorie mixte, issues directement de l'approche juridictionnelle, et établis en Allemagne dans les années 60, ont par conséquent inspiré la vision polonaise de l'arbitrage, au moins sous l'angle de la position doctrinale portant sur la nature « mixte » de la convention d'arbitrage<sup>249</sup>. Une approche similaire a même été reprise récemment par un auteur polonais<sup>250</sup>. L'existence des parallèles avec l'approche allemande, traditionnellement centrée sur l'aspect juridictionnel de l'arbitrage, ressort en outre de la transposition par le législateur polonais de la loi modèle de la CNUDCI pendant la réforme du pLCPC en 2005, ainsi que de son choix en faveur du régime moniste pour l'arbitrage interne et international, codifié au sein de celui-ci.

---

<sup>248</sup> Le Décret du 5 août 1949 prévoyait, dans le domaine des litiges patrimoniaux, une forme d'arbitrage forcé entre les entités publiques de l'économie dite « socialisée » devant des commissions arbitrales. En effet, l'arbitrage volontaire économique en matière interne était particulièrement limité en l'absence d'organismes privés. La Cour suprême a toutefois autorisé l'arbitrage volontaire en matière économique internationale entre les entités « socialisées » polonaises et les entités « non-socialisées » étrangères, v. SN, 3 avril 1957, I CO 4/57, *OSN* 1953/62/57. Quant aux litiges non patrimoniaux, ces derniers n'ont pas été explicitement soumis au régime du Décret de 1949, leur rôle étant trop marginal pour pouvoir en tirer une conclusion sur une signification quelconque pour l'arbitrage volontaire durant la période de l'économie planifiée. L'art. 697 § du pLCPC de 1964 a retenu l'exclusion des entités « socialisées » du groupe autorisé à soumettre ses litiges à l'arbitrage. Cette restriction de l'arbitrabilité subjective a été abrogée le 1<sup>er</sup> octobre 1989 par la loi du 24 mai 1989 relative à la reconnaissance juridictionnelle des litiges économiques, *Ustawa o rozpoznawaniu przez sądy spraw gospodarczych* (Dz. U. n° 33, pos. 175), cf. l'analyse de B. Panfil, *Zdatność arbitrażowa sporu w prawie polskim*, Mémoire de master non publié, WPiA, Uniwersytet Śląski w Katowicach 2011, p. 57. Sur les critères de l'arbitrabilité objective en droit polonais après la deuxième guerre mondiale, v. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>249</sup> L'arrêt de la BGH du 28 novembre 1963 s'est référé à la convention d'arbitrage comme étant un « contrat matériel portant sur des relations procédurales » (*materiell-rechtlicher Vertrag über prozessuale Beziehungen*), cf. BGH VII ZR 112/62, *BGHZ* 40/48 ; K.H. Schwab, G. Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, C.H. Beck, München 2005, p. 1.

<sup>250</sup> La théorie « intégrale » d'A.W. Wiśniewski ne prévoit pas le caractère mixte de la convention d'arbitrage dans le sens traditionnel. Elle est cependant enracinée dans l'optique dualiste. La théorie se concentre sur la convention d'arbitrage conclue dans le cadre de la libre volonté des parties. Cette liberté découle, comme le droit à l'arbitrage en général, d'un droit constitutionnel portant sur le principe de l'autonomie individuelle (l'art. 31 de la Constitution de la République de Pologne lu ensemble avec les articles 5 et 7 dudit acte). La convention y est perçue comme *sui generis*, avec un effet procédural, lequel consiste en la création de la compétence juridictionnelle du tribunal arbitral. En ce sens, le droit de l'arbitrage constitue un domaine autonome du droit. Pour cette raison, la théorie intégrale peut aussi être interprétée dans le cadre de la théorie autonome de l'arbitrage, v. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I ; A.W. Wiśniewski, « Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego », *ADR* 2008, 2, p. 65.

## **Paragraphe 2. *La signification de la théorie mixte pour le développement de la favor arbitrandum***

58. L'influence de la théorie mixte de l'arbitrage sur la notion d'arbitrabilité est la moins distincte de toutes les théories de l'arbitrage présentées dans cette étude. Le courant hybride démontre pourtant l'existence d'une certaine concurrence entre les éléments contractuels et juridictionnels façonnant le concept d'arbitrabilité.
59. En effet, l'essor de la théorie hybride coïncide avec le développement de l'arbitrage commercial à partir du moment de l'internalisation progressive des transactions économiques. D'un côté, ce processus est marqué par une certaine « rivalité » entre les éléments contractuels et juridictionnels ; de l'autre, on a affaire aux différentes approches méthodologiques de droit international privé. Les principes du raisonnement portant tant sur le concept même de l'arbitrabilité que sur les aspects internationaux de l'arbitrage, comme le choix du droit applicable, dépendent de la position prise par rapport à la nature de l'arbitrage.
60. À cet égard, afin de présenter le développement du concept d'arbitrabilité sous l'angle de la vision hybride de l'arbitrage, marquant la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, nous allons d'abord mettre l'accent sur l'existence de deux visions de l'arbitrabilité – contractuelle et juridictionnelle, étant à l'origine d'une double fonction de celle-ci – en tant que condition de la validité de la convention d'arbitrage et de la compétence juridictionnelle du tribunal arbitral (**A**). Pour mieux illustrer ensuite le degré d'équilibre entre l'aspect juridictionnel et contractuel de l'arbitrabilité, nous allons étudier le problème de la loi applicable à l'arbitrabilité (**B**).

### **A. Les sources aux origines de la double fonction de l'arbitrabilité**

61. Comme le voulaient les tenants de la théorie mixte, il existe des phénomènes juridiques potentiellement protéiformes, comme la convention d'arbitrage et l'arbitrabilité<sup>251</sup>. À

---

<sup>251</sup> Cf. Ch. Panou, *Le Consentement à l'arbitrage. Étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS éd., Paris 2011, p. 113 et s.

cet égard, la fonction de l'arbitrabilité n'est pas homogène. Son rôle varie surtout selon l'étape de la procédure d'arbitrage, y compris devant le tribunal arbitral. L'arbitrabilité peut se poser en tant que condition de validité de la convention d'arbitrage ou comme la condition de la compétence juridictionnelle du tribunal arbitral<sup>252</sup>.

62. La fonction de l'arbitrabilité devant l'arbitre, s'enracine dans une certaine mesure dans la double nature de cette dernière<sup>253</sup>. Les tentatives ayant pour but l'intégration des éléments matériels et procéduraux des conventions d'arbitrage<sup>254</sup> ont mené en effet à

---

<sup>252</sup> Le problème d'arbitrabilité se pose notamment à la lumière de l'art. II de la Convention de New York, si le juge est saisi malgré l'existence de la convention d'arbitrage, et si la reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale sont demandées à un endroit différent de celui du siège de l'arbitrage (l'art. V de la Convention de New York). Cf. P. Hollander, *Arbitrability under the New York Convention – General Report*, IBA Subcommittee on recognition and enforcement of arbitral awards, 2016, p. 8, disponible en ligne: [https://www.ibanet.org/LPD/Dispute\\_Resolution\\_Section/Arbitration/Recognntn\\_Enfrcemnt\\_Arbitl\\_A wrd/arbitrability16.aspx](https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_A wrd/arbitrability16.aspx).

<sup>253</sup> La qualification même de la nature juridique de la convention d'arbitrage est difficilement saisissable. Différentes approches sont applicables à la détermination de la nature de la convention d'arbitrage – l'approche matérielle, procédurale, mixte et *sui generis*. Tout en étant un contrat de droit privé, la convention d'arbitrage est soumise au régime contractuel sur sa forme et sur son objet, ainsi que sur son interprétation. En ce sens, elle produit des effets de nature matérielle, v. A. Follonier-Ayala, *Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse : sources, nature juridique et convention d'arbitrage*, Collection neuchâteloise, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2015, pp. 115 et s. Toutefois, il existe un courant important dans les différents pays, qui lie les effets procéduraux de la convention avec sa nature strictement juridictionnelle. Des opinions moins radicales admettent des conséquences procédurales de la convention d'arbitrage, mais rejettent ses conséquences juridictionnelles, cf. la position d'A. M. Lorca Navarrete, trad. par A. Follonier-Ayala, *op. cit.*, p. 116. Selon cet auteur, « la convention arbitrale, bien plus qu'un contrat, est l'expression de l'univoque volonté des parties – librement exprimée – d'élaborer, structurellement, un acte juridique, dépourvu des effets typiques d'un contrat (contractualisme), mais avec les effets atypiques d'un domaine fonctionnel, aussi, éloigné du contractualisme, comme [l'est] la résolution (...) procédurale de la controverse », v. A. M. Lorca Navarrete, *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastian 2010, p. 30. Il peut arriver également que la question de la nature de la convention d'arbitrage soit à l'origine d'une polémique. Selon la jurisprudence polonaise, la convention d'arbitrage est plutôt traitée comme possédant un caractère matériel, cf. p. ex. la position de la Cour Suprême, SN, 24 octobre 1984, WaC 291/48, *LEX* n° 1673788, et, plus récemment, la décision de la Cour Suprême, SN, 24 octobre 2012, III CSK 35/12, *LEX* n° 1232776, concernant l'arbitrabilité des litiges portant sur la concurrence déloyale, obs. G. Żmij, « Zapis na sąd polubowny », In B. Gessel-Kalinowska vel Kalisz (éd.), *Diagnoza arbitrażu. Funkcjonowanie prawa o arbitrażu i kierunki postulowanych zmian*, SA Lewiatan Wrocław, 2014, pp. 120 et s. Certains auteurs polonais sont pourtant d'accord avec la vision juridictionnelle de la convention d'arbitrage, v. J. Ciszewski, T. Ereciński (éd.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Część czwarta. Przepisy z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego. Część piąta. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, p. 367.

<sup>254</sup> Un phénomène faisant partie du droit de l'arbitrage peut avoir une nature procédurale sans aboutir nécessairement à sa fonction juridictionnelle qui constitue un concept plus large. V. *supra*, A.W. Wiśniewski, « Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego », *ADR* 2008, 2, p. 65. Selon A. W. Wiśniewski, la convention peut être perçue comme *sui generis*, menant à un effet procédural qui, portant, ne se produit pas par l'effet négatif de la clause,

la conceptualisation d'hypothèse de double rattachement de la convention d'arbitrage<sup>255</sup>. La dualité d'exigences à laquelle est soumise la convention d'arbitrage s'exprime par les conditions de sa formation et son admissibilité. Alors que la formation de la convention s'effectuerait, selon cette hypothèse, sur la base des conditions de sa validité selon la *lex causae*, elle serait ensuite admissible si elle portait sur des droits arbitrables, déterminés d'après la *lex fori*, son rôle visant à cet égard à indiquer la juridiction compétente. Le domaine de la formation de la convention relèverait dans ce contexte de la sphère du droit matériel, le domaine de l'admissibilité se construisant, par opposition, sur la base des éléments procéduraux<sup>256</sup>. Cependant, comme l'a constaté à juste titre un auteur, la dichotomie entre formation et admissibilité aurait un sens si la première présupposait la nullité de la convention, dans le cas d'un litige inarbitrable, et la deuxième impliquait son inefficacité<sup>257</sup>. Si on pouvait admettre que, devant l'arbitre, l'inarbitrabilité mène à nullité de la convention d'arbitrage en droit français<sup>258</sup>, il est néanmoins difficile de tirer une conclusion aussi définitive en droit polonais<sup>259</sup>. La dichotomie postulée de la fonction de la convention d'arbitrage ne reflète pas la dichotomie de la fonction de l'arbitrabilité d'une manière pertinente.

63. Les différences dans la qualification de la fonction de l'arbitrabilité apparaissent d'une manière plus claire à travers la position des juridictions nationales dans les divers ordres juridiques. Selon le rapport mentionné ci-dessus de l'International Bar Association IBA, concernant le concept d'arbitrabilité dans la Convention de New York, il existe trois approches possibles<sup>260</sup>. Selon la première, l'arbitrabilité est considérée comme une condition de validité de la convention d'arbitrage, plutôt que celle de compétence juridictionnelle du tribunal arbitral. Dans les ordres juridiques qui

---

mais par la création de la « *jurisdictio* » du tribunal arbitral. L'effet juridictionnel dans le sens traditionnel est donc remplacé par un effet procédural dans le cadre de l'instance arbitrale.

<sup>255</sup> De même pour la convention d'élection du for, v. N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, pp. 224 et s. et Ch. Pamboukis, « Thoughts about the applicable law on arbitrability », In S. Brekoulakis, L. Mistelis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 129 et s.

<sup>256</sup> En ce sens N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, pp. 224 et s.

<sup>257</sup> En ce sens Ch. Panou, *op. cit.*, pp. 84 et s.

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 424.

<sup>260</sup> P. Hollander, *op. cit.*, pp. 8 et s.

suivent cette approche, notamment l’Autriche, la Belgique, l’Allemagne, la Serbie et l’Ukraine, les tribunaux étatiques n’appliqueront, en principe, la clause d’arbitrage que si le litige porte sur un objet arbitrable. Selon la deuxième approche, les tribunaux étatiques considèrent l’arbitrabilité comme une condition de la compétence juridictionnelle du tribunal d’arbitrage. Dans les ordres juridiques comme la France, la Pologne, le Canada et l’Australie, le fait qu’un litige entre deux parties ne soit pas arbitrable affecte, selon le rapport susmentionné, la validité de la convention d’arbitrage dans une moindre mesure, le principe de la compétence-compétence étant particulièrement mis en avant dans certains d’entre eux, notamment en France. S’agissant de la troisième, celle-ci lie les deux premières et attribue à l’arbitrabilité une fonction qui dépend du contexte, comme c’est le cas notamment de l’Angleterre, la Grèce, le Portugal, la Roumanie et les États-Unis. Cette comparaison constitue un raccourci, mais signale un caractère davantage hasardeux de la relation entre la législation et l’approche envers l’arbitrabilité. Il n’est possible, notamment, de prouver que les ordres juridiques influencés par le courant juridictionnel adoptent une tendance plus marquée par la vision juridictionnelle de la fonction de l’arbitrabilité, tandis que ceux marqués par le courant contractuel perçoivent la fonction de l’arbitrabilité en termes contractuels.

## **B. Le droit applicable à l’arbitrabilité**

64. De nombreuses solutions possibles existent, actuellement, quant au choix du droit applicable à l’arbitrabilité. Une certaine évolution du raisonnement se trouve derrière ce phénomène. En effet, comme vu plus haut, la doctrine et la jurisprudence des différents ordres juridiques est depuis longtemps divisée entre les approches contractuelle et juridictionnelle de l’arbitrabilité. D’après la première approche, l’arbitrabilité devrait être appréciée selon la loi d’autonomie correspondant à la loi choisie pour la convention<sup>261</sup>. Eu égard au principe de l’autonomie de la convention d’arbitrage, la loi en question n’est pas nécessairement identique avec la *lex causae*,

---

<sup>261</sup> En ce sens B. Hanotiau, « L’arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 15, p. 909.

applicable au contrat principal<sup>262</sup>. S'agissant de la deuxième approche, les arbitres devraient appliquer à l'arbitrabilité les règles de la Convention de New York (*lex fori*), même sans avoir l'obligation juridique de la faire<sup>263</sup>. Une telle solution pourrait en effet remédier aux difficultés de la méthode conflictualiste face à la multitude des droits potentiellement engagés, notamment en matière d'arbitrage international. Toutefois, avec le déclin de la notion d'ordre public, le rôle des règles nationales de l'inarbitrabilité, auxquelles renvoie la Convention de New York, diminue également<sup>264</sup>.

65. Traditionnellement, la règle de rattachement qui servait à déterminer de nombreux aspects de l'arbitrage, comme la clause compromissoire et l'arbitrabilité était associée au siège de celui-ci. Une telle tendance paraît naturelle si nous prenons en considération le rayonnement incontestable de la théorie juridictionnelle et de l'approche territorialiste, qui façonnaient initialement le concept de l'arbitrage international. Ainsi, tenant compte de l'objectivité présumée de la *lex loci arbitri*, une telle méthode de détermination du droit applicable à l'arbitrabilité semblait justifiée au sein de la théorie mixte<sup>265</sup>.
66. Cependant, la problématique en question est bien plus complexe. Il faut notamment tenir compte des différentes étapes de procédure arbitrale – tant devant l'arbitre que devant le juge étatique, de la position doctrinale diversifiée par rapport à la fonction de l'arbitrabilité et, finalement, d'un certain désordre terminologique concernant la classification des droits applicables<sup>266</sup>. Il serait opportun de mettre en exergue surtout la distinction entre les notions de *lex loci arbitri* et celle de *lex fori*. À cet égard, contrairement au juge, l'arbitre n'est pas une autorité étatique, « il n'a donc pas de for,

---

<sup>262</sup> En ce sens, v. J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 257, p. 257.

<sup>263</sup> L'application de la *lex fori* à l'arbitrabilité a été postulée par Van Den Berg et Goldman, cf. l'analyse de B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, note 29, p. 909.

<sup>264</sup> En ce sens, v. S. Berkoulakis, « Law applicable to arbitrability: Revisiting the revisited *lex fori* », In L. Mistelis, S. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>265</sup> En ce sens, A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 335.

<sup>266</sup> La doctrine n'est cohérente ni dans la littérature polonaise ni dans la doctrine de l'arbitrage international, cf. *ibid*, p. 336 ; Ch. Pamboukis, « Thoughts about the applicable law on arbitrability », In S. Brekoulakis, L. Mistelis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 135. Ch. Pamboukis démontre également une frontière floue entre la *lex loci arbitri* et la *lex contractus*.



ni de *lex fori*<sup>267</sup>». En conséquence, alors que l'application de la loi du for à l'arbitrabilité par un juge étatique concurremment saisi ou par un juge de l'annulation paraît logique, le choix du droit applicable à l'arbitrabilité par le tribunal arbitral, notamment en matière internationale, peut impliquer des difficultés<sup>268</sup>.

67. Historiquement, les ordres juridiques qui ont en grande partie accepté la vision juridictionnelle et territorialiste de l'arbitrage, comme l'Allemagne, l'Autriche et l'Italie, évaluaient la faculté de compromettre (comprenant également, sous cette acception, l'arbitrabilité objective<sup>269</sup>) selon le droit du pays dont les tribunaux ont été évincés de leur champ de compétence par la convention d'arbitrage.
68. En se dirigeant pourtant vers l'internalisation inéluctable de l'arbitrage, les tenants du courant hybride se sont opposés aux théories purement juridictionnelles, surtout en raison de leur inefficacité par rapport à différentes lois potentiellement engagées par la clause compromissoire en matière internationale. Leur intérêt pour la double nature de l'arbitrage se manifestait aussi par la critique de distinction insuffisante entre l'aspect matériel de la convention arbitrale et l'aspect procédural de la prorogation de for<sup>270</sup>.
69. En raison de leur intérêt pour le droit applicable à l'arbitrage en général, et à l'arbitrabilité en particulier, les postulats de la théorie mixte ont dès lors ouvert la porte à une polémique importante. En effet, en analysant notamment la pensée de Sauser-Hall, on peut observer les premières démarches vers un cadre théorique moderne de la notion de l'arbitrabilité. Même si, pour Sauser-Hall, le critère de la nature de l'objet du litige arbitral n'est pas clairement distingué de son équivalent subjectif – la notion de pouvoir de compromettre englobant également la capacité à compromettre<sup>271</sup>, il est néanmoins possible d'étudier le choix du droit applicable dans le contexte de

---

<sup>267</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 21, p. 915.

<sup>268</sup> Cf. p. ex. H. Arfazadeh, « Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited », *Arbitration International*, 17 (1), p. 75; S. Brekoulakis, « Law applicable to arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori », In S. Brekoulakis, L. Mistelis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>269</sup> Comme cela a été expliqué par F. E. Klein, *op. cit.*, p. 252.

<sup>270</sup> En ce sens *ibid.*, n° 139, p. 256.

<sup>271</sup> En ce sens, v. l'analyse de F. E. Klein, *ibid.*, n° 135 et 137, pp. 249 et 252.

l'arbitrabilité objective, comme elle est perçue de nos jours<sup>272</sup>. Même si sa proposition initiale postulant l'application de la *lex arbitri* à l'arbitrabilité n'est pas très éloignée de celle partagée par les tenants de la vision juridictionnelle de l'arbitrabilité<sup>273</sup>, la doctrine de l'époque cherchait néanmoins à nuancer son hypothèse de départ, en se dirigeant constamment vers les conceptions autonomes de l'arbitrage délocalisé<sup>274</sup>.

70. Une telle solution a été notamment appliquée dans le cas d'un arrêt de la CCI, en 1956, dans lequel le tribunal arbitral a décidé d'appliquer la loi grecque à la convention d'arbitrage conclue entre un demandeur allemand et un défendeur grec, ce dernier ayant son siège en Grèce<sup>275</sup>. Pour le tribunal, l'exclusion de compétence de la cour étatique faisait partie de l'ordre public du for. Néanmoins, le tribunal a anticipé le lieu de l'exécution de la sentence et les similarités entre les règles grecques et allemandes quant à la validité de la clause arbitrale. Le choix de loi applicable prenait donc en compte l'aspect international et l'efficacité de la sentence, le raisonnement étant en effet caractéristique d'une vision moderne de l'arbitrage.
71. En droit français, les premières tentatives, délaissant l'approche territorialiste traditionnelle à l'arbitrage au profit de l'arbitrage délocalisé, promouvaient l'application de la *lex loci contractus* à la convention d'arbitrage<sup>276</sup>. Le fait qu'elles

---

<sup>272</sup> Il faut toutefois constater que, pour certains auteurs, la distinction entre l'arbitrabilité objective et subjective semble artificielle, puisque la dernière n'implique aucune conséquence « subjective » pour la procédure d'arbitrabilité, sa finalité étant comparable à celle de l'arbitrabilité objective, v. A. Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Le Harmattan, Paris 2005, n° 278, p. 170.

<sup>273</sup> À titre d'exemple, une approche juridictionnelle et territorialiste de l'arbitrabilité prévalait en Italie, où – dans la situation de l'autorisation d'un arbitrage étranger par des règles de compétences italiennes – l'objet du litige devait être arbitral tant selon la loi étrangère que selon le droit italien. Cf., d'une part, l'analyse des positions de Kohler et Hellwig en droit allemand et d'Ottolenghi et de Carnelutti en droit italien, d'autre part, citées par F. E. Klein, *op. cit.*, pp. 254 et s.

<sup>274</sup> V. l'évolution de la position doctrinale chez F. E. Klein, *ibid.*, pp. 246 – 261.

<sup>275</sup> CCI, aff. n° 953, 1956, *YB* III (1978), p. 2014, p. 17, cité par F. Ferrari, S. Kröll, *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, München 2011, p. 288. Selon M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice », *op. cit.*, p. 760, l'arrêt constitue le seul exemple de l'application du droit du pays normalement compétent à la question de la validité de la clause compromissoire.

<sup>276</sup> Ce courant jurisprudentiel français débute avec Cass. civ., 26 janvier 1904, *D.* 1906, 1, 22 et se termine avec Cass. civ., 19 février 1930, *D. P.* 1930, 228, cités par B. Moreau « Compromis – Clause compromissoire », *Répertoire Dalloz Droit Civil*, V°, 2004.

agissaient *in favorem validitatis* par rapport à la clause compromissoire a cependant été jugé acceptable seulement par une partie de la jurisprudence, puisque cette solution nécessitait que les parties soumettent la convention à la loi étrangère, selon laquelle elle était licite<sup>277</sup>. Si on tient compte du fait qu'à l'époque la clause compromissoire n'était pas licite en France, cette critique semble démontrer l'hostilité de la doctrine par rapport à l'aspect contractuel de l'arbitrage. Dans le même sens, une position favorable à la *lex loci contractus* a été prise également à l'époque par la jurisprudence et la doctrine italienne<sup>278</sup>.

72. Même si la théorie mixte de l'arbitrage est uniquement partiellement détachée de la logique territoriale de l'arbitrage dans sa critique des restrictions imposées à l'arbitrabilité par *leges fori*, la réflexion découlant de ladite théorie a contesté la fonction strictement juridictionnelle de l'arbitrabilité et la soumission de celle-ci aux règles de compétence juridictionnelle des tribunaux écartés par l'arbitrage. C'est pour cette raison que le point de gravité a été transféré des restrictions de la *lex fori* vers des restrictions propres à l'arbitrage, comme les lois régissant l'emploi de la clause compromissoire (*lex arbitri*) ou le fond du litige (*lex causae*). C'est aussi la raison pour laquelle l'application susmentionnée de la *lex loci contractus* à l'arbitrabilité n'a finalement pas échappé non plus à la critique des tenants de la théorie mixte, lesquels lui ont rapproché le choix d'une loi sans lien évident ni avec le fond du litige, ni avec les questions relatives à l'arbitrage<sup>279</sup>. D'ailleurs, la doctrine actuelle critique d'une façon similaire l'appréciation de l'arbitrabilité à l'aide de la *lex loci arbitri*, une telle solution étant considérée comme soumettant celle-ci à la fixation aléatoire du lieu de l'arbitrage, localisé généralement dans un pays neutre par rapport aux parties et l'opération économique en litige<sup>280</sup>. Le souci de l'efficacité des sentences arbitrales fait en même temps appel au choix de la loi du pays de l'exécution de celle-ci, comme

---

<sup>277</sup> Il s'agit de l'opinion de J.-P. Niboyet, cf. A. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, Paris 1924, p. 590. Par la *lex loci contractus* nous entendons le droit du pays de la conclusion de la clause compromissoire.

<sup>278</sup> Corte suprema di cassazione, 16 mars 1925, *Riv. Dir. Intern.* 1926, p. 526, cité par F. E. Klein, *op. cit.*, n°138, p. 253. L'auteur cite les opinions de Cereti.

<sup>279</sup> *Ibid*, n° 138, p. 253.

<sup>280</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 18, p. 912.

régissant la question de l'arbitrabilité. La même logique accompagne des avis favorables à l'application cumulative des deux lois à l'arbitrabilité<sup>281</sup>. En réalité, comme le remarque J.-B. Racine, l'arbitre statue rarement en application d'une seule loi étatique à l'arbitrabilité, mais cherche plutôt une solution acceptée par plusieurs ordres juridiques<sup>282</sup>.

73. Par la suite, la critique de la *lex fori* en tant que loi applicable à l'arbitrabilité s'est également développée dans le cadre du courant mixte. Une illustration déjà classique est apportée par la jurisprudence belge des années 70. L'arrêt *Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit* du 28 juin 1979<sup>283</sup> constitue, en ce sens, d'après M. Hanotiau<sup>284</sup>, un exemple significatif du refus d'exequatur d'une sentence arbitrale eu égard à l'inarbitrabilité selon l'art. V (2) de la Convention de New York<sup>285</sup>, ce qui prouve d'ailleurs

---

<sup>281</sup> V. p. ex. A. Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, op. cit., n° 258, p. 157. Il s'agit d'une application cumulative de la loi régissant la convention arbitrale et de la loi du pays de l'exécution de la sentence, tant par un juge étatique que par l'arbitre. Ce dernier devrait appliquer la loi du pays le mieux à même de l'exécution de la sentence.

<sup>282</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, op. cit., n° 257, p. 152.

<sup>283</sup> Cour de cassation de Belgique, 28 juin 1979, *Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit*, *Journal des Tribunaux*, 1979, p. 625 ; *GAJA*, V, p. 76 ; *YCA*, 1980, p. 257 ; v. également Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II et Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II. L'affaire concernait un litige entre un concessionnaire belge (*S.A. Adelin Petit*) et un concédant allemand (*Audi-NSU*). Après la conclusion d'un contrat de concession exclusive concernant le territoire belge (soumis au droit allemand avec la clause d'arbitrage désignant la Suisse comme lieu d'arbitrage), suite à une résiliation par le concédant de ce contrat, deux sentences arbitrales rendues en Suisse n'avaient pas octroyé l'indemnité au concessionnaire. Celui-ci a ensuite assigné le concédant en Belgique afin d'obtenir l'indemnité compensatoire de préavis et l'indemnité complémentaire selon la loi du 27 juillet 1961, relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée. Bien que la Cour d'appel de Liège ait octroyé une telle indemnité au concessionnaire, rejetant l'objection de l'autorité de la chose jugée (CA Liège, 12 mai 1977, *Journal des Tribunaux* 1977, p. 710, note Keutgen, Huys), la Cour de cassation de Belgique a confirmé la non reconnaissance des sentences arbitrales suisses, en argumentant que le litige en question, produisant ses effets sur le territoire belge, ne peut être soumis à l'arbitrage convenu avant la fin du contrat de concession de vente exclusive, que s'il a pour but l'application d'une loi étrangère.

<sup>284</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », op. cit., n° 38 et s., pp. 930 et s. Il s'agit de l'ambiguïté sur laquelle s'appuyait la jurisprudence de l'époque ultérieure, marquée par la théorie autonome de l'arbitrage, cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

<sup>285</sup> L'art. V (2) de la Convention New York prévoit que « [l]a reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront aussi être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate: a) Que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage; ou b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays. »

l'absence de frontière claire entre la violation de l'ordre public et l'inarbitrabilité en tant que motif de refus d'exequatur sur la base du régime new-yorkais<sup>286</sup>.

74. L'arrêt *Audi-NSU* a adopté une solution concluant à l'inarbitrabilité des litiges portant sur la résiliation d'un contrat de concession de vente exclusive à durée indéterminée, produisant partiellement ou entièrement ses effets sur le territoire belge, si la convention d'arbitrage a été signée avant la fin du contrat et a été soumise à loi étrangère. La *ratio legis* de la loi du 27 juillet 1961, sur laquelle l'arrêt a été basé, était d'assurer la protection du concessionnaire dans le cas du choix de la loi belge en tant que loi d'autonomie. Des litiges portant sur la résiliation d'un contrat de vente exclusif étaient désormais considérés inarbitrables à la lumière des dispositions impératives de la loi de 1961, ce qui n'était pas le cas si la loi désignée par les parties dans la clause d'arbitrage était la loi belge<sup>287</sup>. Comme le remarque N. Coipel-Cordonnier, même si une telle règle d'inarbitrabilité peut être classée comme portant un contrôle concret sur un droit litigieux<sup>288</sup>, la solution jurisprudentielle mentionnée ci-dessus a été surtout critiquée s'agissant de la soumission de l'arbitrabilité à la loi du for saisi<sup>289</sup>. Si on prend

---

<sup>286</sup> Avant la décision susmentionnée de la Cour de cassation de Belgique, en se basant sur l'art. VII (1) de la Convention de New York, selon lequel les parties peuvent se prévaloir d'une sentence arbitrale dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée, le concédant allemand avait invoqué les dispositions de la Convention belgo-suisse prévoyant la reconnaissance mutuelle des sentences arbitrales dans ces pays, à condition que celles-ci ne soit pas incompatibles avec l'ordre public de l'État dans lequel elle est poursuivie. Un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 12 mai 1977, sans n'avoir pris aucune position par rapport à l'arbitrabilité, a eu à trancher la question de la compétence des tribunaux belges et s'est prononcée en faveur du refus d'exequatur des sentences arbitrales suisses. La Cour de cassation a ensuite décidé en 1979 que l'interconnexion entre la notion d'arbitrabilité et l'ordre public rend inefficace toute objection remettant en question un manque de précision concernant le fondement d'une telle décision (l'inarbitrabilité du litige ou la violation de l'ordre public international belge découlant des lois de police de la loi du 27 juillet 1961). V. en ce sens B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 38, p. 930.

<sup>287</sup> Nous trouvons des solutions analogues, autorisant l'arbitrabilité des litiges uniquement s'ils sont soumis à une loi « nationale », dans la jurisprudence des États-Unis (l'application de la loi américaine sur le fond du litige implique l'arbitrabilité de celui-ci); cf. *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, préc.; United States Court of Appeals, Second Circuit, 2 juin 1993, *Roby c. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353, cité par J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 74, p. 45 (l'application des lois américaines favorables aux investisseurs américains a donné raison à la partie américaine *Roby* contestant la validité de la clause compromissoire attribuant compétence à l'autorité arbitrale à Londres en application de la loi anglaise).

<sup>288</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>289</sup> N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, n° 219, p. 230.

en considération un arrêt ultérieur de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 octobre 1985<sup>290</sup>, il est possible de tirer une conclusion sur la différence entre la notion d'arbitrabilité en tant que condition de validité de la convention d'arbitrage et celle jouant un rôle dans la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale<sup>291</sup>. La fonction même de la Convention de New York suggère que, dans la mesure où l'application de la *lex fori* à cette dernière semble logique, la première devrait davantage être soumise à la loi d'autonomie<sup>292</sup>.

75. Pour diminuer l'impact de la règle confirmée par la Cour de cassation de Belgique, certains auteurs ont proposé l'application de la *lex fori* à l'arbitrabilité uniquement dans le cas des contrats internationaux.<sup>293</sup> Il s'agirait donc de l'application des règles du for les plus importantes uniquement aux situations frappées d'un élément d'extranéité<sup>294</sup>. Il est par conséquent admis, aujourd'hui en Belgique, que les litiges relatifs à la résiliation des contrats exclusifs de vente peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage, malgré le fait que la loi de 1961 l'interdise, lorsque les parties ont prévu une telle possibilité dans une clause d'arbitrage. L'évolution de la position (surtout)

---

<sup>290</sup> *Journal des Tribunaux*, 1986, 93, note Kohl, commenté par ex. par B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 70, p. 953. Un concédant suisse a été assigné par un concessionnaire belge devant le Tribunal de Première Instance de Bruxelles qui a soumis l'arbitrabilité du litige au régime de la Convention de New York. La Cour d'appel de Bruxelles saisie a infirmé la décision du Tribunal de Première Instance. Cet arrêt a été cité dans la sentence CCI de 1990 pour justifier l'application de la loi d'autonomie à la convention d'arbitrage, v. CCI, aff. n° 6379, YBCA 1992, p. 2012; *Rev. dr. com., belge* 1993, p. 1146, note Hanotiau; *Bull. CCI* (5) 1996, p. 84.

<sup>291</sup> Le problème a été posé par Ph. Fouchard, avant la réforme du CPC français en 1981. Cf. Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, *op. cit.*, n° 185. Selon l'approche adoptée par la Convention de New York, l'arbitrabilité peut relever cumulativement de deux lois : la loi d'autonomie en tant que condition de licéité, donc partant de la validité de la convention d'arbitrage, et de la *lex fori* en tant que condition de sa reconnaissance et de son exécution. Dans ce cas, si l'une des lois exclut l'arbitrabilité, le juge étatique sera plus enclin à prononcer l'inarbitrabilité du litige. Les solutions portant sur l'application cumulative des lois sont cependant devenues désuètes et sont critiquées par la doctrine, notamment à la lumière de la réforme du droit de l'arbitrage en France en 1981, cf. A. Kassis, *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, *op. cit.*, n° 258, p. 157.

<sup>292</sup> En ce sens B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 70, pp. 953 et s.

<sup>293</sup> A. Nuyts, *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles 1996, n° 20, p. 353.

<sup>294</sup> Ceci peut être analysé sous l'angle de l'assouplissement des règles d'arbitrabilité, comme c'est le cas en droit français : l'arbitrabilité en matière internationale est soumise aux restrictions de l'ordre public international, elles-mêmes limitées par rapport à celles de l'ordre public, cf. N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, n° 280, p. 282.

doctrinale, illustrée par l'exemple de la jurisprudence *Audi-NSU*, démontre donc non seulement la rigidité de l'approche traditionnelle par rapport au choix de la loi applicable à l'arbitrabilité, mais également un assouplissement constant de ses règles, constituant une réponse au clivage entre particularismes législatifs et internationalisation de l'arbitrage. Le débat doctrinal autour de ce cas illustre aussi le fait que le déclin du rôle de l'ordre public peut réduire le rôle du juge en tant que force exécutoire d'un acte privé. Au stade de l'exécution de la convention d'arbitrage, dans le cas du déclinatoire de compétence, il pourrait en effet appliquer la loi d'autonomie à l'arbitrabilité, pour contourner des obstacles à celle-ci prévus par la *lex fori*. Une telle approche s'inscrirait dans la logique de *favor arbitandum*, le litige en question étant jugé arbitral.

76. À la lumière du rapport mentionné ci-dessus de l'*International Bar Association IBA*, concernant le concept d'arbitrabilité selon la Convention de New York, dans la plupart des systèmes juridiques, les juridictions étatiques ont tendance à s'appuyer sur leur propre loi pour évaluer l'arbitrabilité objective du litige au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la convention d'arbitrage<sup>295</sup>. Le choix de la *lex fori* à l'égard de l'art. II de la Convention de New York n'est cependant pas universel<sup>296</sup>.
77. Dans certains systèmes juridiques, les juridictions ont tendance à examiner davantage la loi du contrat pour déterminer les questions d'arbitrabilité objective lorsqu'elles statuent sur la reconnaissance des conventions d'arbitrage, plutôt que de se baser sur la *lex fori* (notamment en Australie et en Chine).

---

<sup>295</sup> P. Hollander, *op. cit.*, pp. 9 et s.

<sup>296</sup> L'art II de la Convention de New York prévoit : « 1. Chacun des États contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. 2. On entend par "convention écrite" une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. 3. Le tribunal d'un État contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent art., renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée. ».

78. En Pologne et en Serbie, les juridictions ont d'abord tendance à examiner la loi du contrat, mais semblent également tenir compte de la *lex fori*<sup>297</sup>. Dans certains pays, comme l'Autriche et la Grèce, la discussion sur l'application de la *lex fori* ou de la *lex contractus* n'est pas encore résolue<sup>298</sup>. Le postulat des partisans de la théorie mixte de l'arbitrage, consistant à appliquer la *lex loci arbitri* à l'arbitrabilité, paraît être accueilli uniquement au Canada et en Égypte<sup>299</sup>. Cette comparaison prouve, encore une fois, le caractère aléatoire de la relation entre l'enracinement d'un ordre juridique donné dans un courant théorique de l'arbitrage et l'approche envers la loi applicable à l'arbitrabilité. La portée unificatrice de la Convention de New York semble également limitée.

\*

L'évolution des théories de l'arbitrage illustre la transformation progressive de la position des législations par rapport à l'arbitrage. Pourtant, il n'existe pas de lien mécanique entre une théorie donnée de l'arbitrage et les droits de tradition civiliste ou de Common Law. Il n'y a pas non plus d'automatisme entre le courant théorique et la *favor arbitrandum*. D'un côté, le développement historique du régime de la convention d'arbitrage dans la perspective comparatiste suggère l'impact positif des éléments de la théorie contractuelle sur le domaine arbitral, qui reste cependant variable en droits de tradition civiliste et en droit du *Common Law*. De plus, la complexité du régime de la convention d'arbitrage en droit français par rapport aux droits de la famille germanique dévoile le manque d'homogénéité au sein de la famille romano-germanique. D'un autre côté, le fondement conceptuel de la théorie juridictionnelle qui remonte aux principes traditionnels de monopole de la juridiction étatique pourrait réfréner une tendance en faveur de l'arbitrage. Néanmoins, la théorie juridictionnelle a renforcé la position de l'arbitrage face à la juridiction étatique en assimilant les effets juridiques des sentences des tribunaux étatiques et arbitraux. En ce sens, la compétence exclusive des tribunaux étatiques ne peut pas être considérée comme un obstacle

---

<sup>297</sup> P. Hollander, *op. cit.*, pp. 9 et s.

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> *Ibid.*



infranchissable à l'arbitrage. Finalement, bien que consistant seulement un amalgame des théories précédentes, la théorie mixte de l'arbitrage met en exergue la double fonction de l'arbitrabilité et fait le premier pas vers l'ouverture des ordres juridiques aux enjeux de l'arbitrage international. Son impact sur les législations demeure pourtant variable.

## PARTIE I. LA NOTION D'ARBITRABILITÉ

---

1. D'un côté, l'étude de l'arbitrabilité est une épreuve difficile, la notion étant qualifiée comme étant « *abstraite, délicate, mal cernée, fuyante et qui suscite un certain nombre de malentendus, voire de controverses* »<sup>300</sup>. D'un autre côté, une telle notion, faisant l'objet de la présente étude, constitue d'un point de vue méthodologique « *un objet de connaissance qui permet d'exprimer l'essence des choses en distinguant parmi ces choses celles qui se rattachent à la notion de celles qui ne s'y rattachent pas. Une référence à la notion est également de l'opération intellectuelle de qualification, à laquelle le juriste ne peut pas échapper* »<sup>301</sup>.
2. L'arbitrabilité est un objet d'analyse « à géométrie variable ». Son caractère est protéiforme comme démontré ci-dessus au travers du prisme de son évolution historique<sup>302</sup>, grâce auquel nous avons indiqué la base théorique d'une sphère normative de la *favor arbitrandum*. La notion d'arbitrabilité en relève. Comme chaque notion, elle se traduit par ses critères<sup>303</sup>. À cet égard, « le critère est un élément de rattachement d'une situation à une notion »<sup>304</sup> et constitue « *une sorte de clé de la notion, un passage obligé sans lequel on ne peut qualifier la situation considérée comme relevant de la notion* »<sup>305</sup>. Les différents critères peuvent se chevaucher et se combiner en constituant « un faisceau d'indices »<sup>306</sup>.

---

<sup>300</sup> Ch. Jarroson, *L'arbitrabilité - présentation méthodologique*, op. cit., n°1, p. 1.

<sup>301</sup> J. Billemont, op. cit., n° 75, p. 58.

<sup>302</sup> Cf. *supra* Chapitre préliminaire. Bien que le terme de « géométrie variable » illustre intégralement la nature du phénomène, il nous semble peu compréhensible pour un lecteur non-francophone. Par conséquent, nous préférons nous référer à la valeur polysémique de l'arbitrabilité, une notion dont la signification change selon le contexte et peut être analysée à différents niveaux.

<sup>303</sup> Ch. Jarroson, *La notion d'arbitrage*, op. cit., n° 503, « *Il n'est pas rare qu'à une seule notion correspondent plusieurs critères* ».

<sup>304</sup> *Ibid.*, n° 500.

<sup>305</sup> *Ibid.*

<sup>306</sup> *Ibid.*

3. Dès lors, les critères de l'arbitrabilité indiquent l'intensité d'une politique législative en faveur de l'arbitrage. Dans la perspective de la présente étude, qui porte sur l'objectif de libéralisation du droit polonais de l'arbitrage, une telle politique paraît la garantie de l'efficacité de la justice privée. Le libéralisme de réglementation de l'arbitrabilité s'étend donc à différents secteurs de l'activité législative au plan des droits nationaux, lesquels font apparaître des approches contrastées de l'arbitrabilité par rapport à l'ordre public dans les systèmes et traditions juridiques distincts, puis se traduisent ensuite par des règles d'interprétation du concept de l'arbitrabilité (**Titre I**). Ce large panorama de la notion d'arbitrabilité est ultérieurement nuancé par l'autonomie présumée de ses standards « modernes », « hiérarchisés » par rapport à l'adaptation aux besoins du commerce international. À l'égard de l'arbitrage international, et au-delà de sa délocalisation – son détachement des ordres juridiques nationaux étant partiellement illusoire, l'étude de leurs modèles contribue à la recherche des tendances *in favorem arbitrandum* (**Titre II**).

## TITRE I

### LES CRITÈRES TRADITIONNELS D'ARBITRABILITÉ DANS LES DROITS NATIONAUX

4. Dans un souci de clarté méthodologique, nous nous arrêterons d'abord sur l'étude de la notion d'arbitrabilité et son rapport avec l'ordre public dans la tradition des droits civilistes et celle de la Common Law (**Chapitre I**). Nous étudierons ensuite les critères d'arbitrabilité, dont la diversité et l'évolution au sein de la tradition civiliste met en lumière le phénomène de la *favor arbitrandum* (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ ET L'ORDRE PUBLIC

5. Le rapport entre l'ordre public et l'arbitrage est paradoxal. À cet égard, d'un point de vue fonctionnel, l'ordre public est un concept dualiste. Alors que, d'un côté, il tend à imposer des limites à la liberté contractuelle, il peut, d'un autre côté, également fortifier l'autonomie des parties dans l'arbitrage en veillant sur l'institution du contrat. Par conséquent, bien que l'ordre public soit constamment en opposition et en concordance avec l'autonomie de la volonté des parties, la tension entre la justice privée au service des intérêts privés d'une part, et le concept d'ordre public d'autre part, n'est pas entièrement paralysant pour l'arbitrage.
6. Étant qualifié symboliquement de « *unruly horse* » ou de « *caméléon* »<sup>307</sup>, l'ordre public représente une « *notion fugitive aux contours incertains, insaisissable, indocile à toute définition ou, ce qui revient au même, susceptible de trop nombreuses définitions* »<sup>308</sup>. Illustration juridique de l'intérêt général, l'ordre public se traduit généralement par un ensemble de règles impératives de droit. L'étude de la complexité du concept d'ordre public, à travers ces différentes facettes et à travers la multitude de ses normes, paraît inévitable pour la clarification de la notion d'arbitrabilité. En effet, c'est elle qui semble constituer un élément de l'arbitrage ayant un lien le plus proche avec l'ordre public<sup>309</sup>. Elle reflète la façon selon laquelle l'État exerce son monopole,

---

<sup>307</sup> V. Court of Common Pleas, *Richardson c. Mellish* [1824-34] *All ER Rep.* 258 (1824), qui décrit l'ordre public comme suit: « (...) *a very unruly horse, and when once you get astride it you never know where it will carry you. It may lead you from sound law. It is never argued at all, but when other points fail* ». L'arrêt cité par H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation, Une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruylant, Bruxelles 2005, pp. 133-134; H. Arfazadeh, « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception », *American Review of International Arbitration*, 2002, 13 (1-4), pp. 43-64.

<sup>308</sup> J. Vassogne, « L'arbitre, le juge et l'ordre public économique (Remarques adventices) », *Rev.arb.*, 1987, p. 88.

<sup>309</sup> En ce sens, v. entre autres J.D.M. Lew, L. A. Mistelis, S. M. Kröll, *Comparative International Commercial arbitration*, *op. cit.*, p. 188 ; J. Nuber, *Die objektive Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht) und mit der Vollstreckung (Ordre public)*, thèse de doctorat non-publiée, Université de Zürich, 1986, pp. 1 et s.; K. H. Böckstiegel, « Public Policy and Arbitrability / Comparative Arbitration Practice / Public Policy Arbitration », In P. Sanders, (éd.) *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration. ICCA Congress Series* 3, p. 183.

est prêt à y renoncer et veille sur l'intérêt général<sup>310</sup>. À cet égard, l'arbitrabilité apparaît comme « l'émanation » de l'ordre public<sup>311</sup> (**Section I**). Au-delà de son caractère hétérogène et protéiforme, l'ordre public n'est pas mis en œuvre de la même manière dans tous les ordres juridiques. Par conséquent, en confrontant à l'arbitrage, pourrait-il par ailleurs constituer un critère d'inarbitrabilité ? *A priori*, à la lumière du seul droit français, qui présente directement les « *matières qui intéressent l'ordre public* » dans l'art. 2060 du frCc mentionné ci-dessus, comme étant exclues du domaine arbitral, la référence paraît inopportune<sup>312</sup>. Or, précisément, le droit comparé facilite la relativisation de l'ordre public. En effet, même s'il a été formalisé, ce concept peut impliquer des réalités normatives et conceptuelles diverses. Sous cet angle, l'ordre public sert plutôt à la clarification d'autres critères qui ne sont « pas suffisamment autonomes<sup>313</sup> », mais ne constitue pas un critère en soi (**Section II**).

## SECTION I. LA NOTION D'ORDRE PUBLIC

7. L'ordre public ne représente pas un concept homogène, son caractère non-unitaire étant mis en exergue par la doctrine française<sup>314</sup>. « *Il n'existe plus un ordre public, mais des ordres publics qui s'additionnent et s'entrechoquent* »<sup>315</sup>. Dès lors, la diversité du

---

<sup>310</sup> « *The concept of arbitrability, properly so called, relates to public policy limitations upon arbitration as a method of settling disputes. Each State may decide, in accordance with its own economic and social policy, which matters may be settled by arbitration and which may not* », v. A. Redfern, M. Hunter, M. Smith, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2ème éd., Sweet&Maxwell, London, 1991, p. 137.

<sup>311</sup> Dans la doctrine polonaise, une telle hypothèse a été soutenue dans sa thèse par A. Susfał, *op. cit.*, pp. 40 et s.

<sup>312</sup> L. Ravillon, « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité », In E. Loquin et S. Manciaux (éd.) *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne, Dijon, Lexis Nexis, 2014, p. 60. Ces difficultés sont liées à l'absence de critères d'arbitrabilité des litiges, hormis la référence à l'art. 2060 al. 1 du frCc. Selon S. Brekoulakis « *in arbitrability relates to the natural limitations of arbitration as a dispute resolution mechanism of consensual character rather than to public policy* »; v. S. Brekoulakis, « On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern », In L. Mistelis, S. Brekoulakis, *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 19-45.

<sup>313</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 76, p. 59

<sup>314</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 193, p. 117 avec les références citées.

<sup>315</sup> B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », In *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir*, Contributions réunies par Y. Lequette et L. Leveneur, Dalloz, Paris 2004, p. 475.

concept d'ordre public doit être prise en considération lors de l'étude de l'arbitrabilité. En effet, le degré d'intensité d'implication de différentes facettes d'ordre public diffère par rapport à l'arbitrabilité, aux différentes étapes de l'arbitrage. Ainsi, le lien entre l'arbitrage et l'ordre public étant complexe, il n'est pas moins ambigu entre celui-ci et l'arbitrabilité (**Paragraphe 1**).

8. À cet égard, dire que le rapport entre l'ordre public et l'arbitrage se distend constituerait un raccourci. Certes, dès lors qu'il vise à protéger l'ordre public, l'objectif de l'arbitrabilité perd de son intensité ce qui a pour conséquence d'étendre son périmètre. Le déclin de l'ordre public, constituant un phénomène favorable à l'arbitrage, ouvre la porte à l'arbitrabilité d'un cercle restreint des litiges. La question de la nécessité et la forme du contrôle du respect de l'ordre public et l'identification des domaines arbitrables nous permettront de repérer le contexte approprié de la présente étude et les pistes d'analyse ultérieures (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. La diversité du concept d'ordre public***

9. Il existe une grande diversité des « normes porteuses d'ordre public »<sup>316</sup>. Tout en distinguant, en premier lieu, entre l'ordre public textuel et l'ordre public virtuel, ce dernier allant de la portée du premier et signifiant l'ensemble des valeurs généralement partagées par les juges ou les arbitres<sup>317</sup>, il serait possible, ensuite, suivant la typologie de M. Racine<sup>318</sup>, de classer lesdites normes selon leur objet (**A**) et aussi selon leur nature (**B**).

---

<sup>316</sup> J.-B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », In E. Loquin et S. Manciaux (éd.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne, Dijon, Lexis Nexis, 2014, pp. 8 et s.

<sup>317</sup> En ce sens, A. Tanenbaum (dir.), B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud (coord.), *Terminologie contractuelle commune*, SLC, 2008, pp. 179 et s.

<sup>318</sup> J. - B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », *op. cit.*, p. 9.

## A. La typologie selon l'objet des normes d'ordre public

10. La dichotomie entre l'ordre public matériel (substantiel) et l'ordre public procédural constitue le noyau dur du classement traditionnel des différents types d'ordre public<sup>319</sup>. Alors que l'ordre public matériel est applicable au fond du litige, son rôle diminue constamment avec la libéralisation du droit de l'arbitrage. Eu égard à la régression de celui-ci, l'ordre public procédural progresse. Pour que ses éléments, comme le principe de la contradiction ou le droit d'accès à la justice, soient satisfaits dans le cadre d'une bonne justice, les mêmes exigences procédurales doivent lier tant les juges que les arbitres<sup>320</sup>. Comme pour l'essor de la portée de l'arbitrabilité, la régression de l'ordre public matériel joue un rôle positif tant au fond de litige (l'ouverture de l'arbitrage aux nouveaux domaines du droit), qu'au stade des voies de recours et des procédures d'exequatur (l'interdiction de la révision au fond de la sentence arbitrale selon la logique de la Convention de New York). Par conséquent, l'expansion de l'ordre public procédural ne semble pas constituer un vrai obstacle à la *favor arbitrandum*, le phénomène de la procéduralisation de l'ordre public, étant en effet conforme au caractère juridictionnel de l'arbitrage.
11. Ensuite, et toujours dans le cadre de la dichotomie traditionnelle mentionnée ci-dessus, l'ordre public matériel est, quant à lui, soumis aux subdivisions ultérieures. Dans le contexte de l'arbitrage commercial notamment, l'ordre public économique joue un rôle prépondérant. Cette facette de l'ordre public matériel représente un corpus normatif

---

<sup>319</sup> Cf. l'analyse du concept d'ordre public matériel et procédural dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai c. Terra Armata*, 4P.278/2005, Bull. ASA 2006, p. 550 ; « *L'ordre public procédural garantit aux parties le droit à un jugement indépendant sur les conclusions et l'état de fait soumis au Tribunal arbitral d'une manière conforme au droit de procédure applicable; il y a violation de l'ordre public procédural lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de la justice, de telle sorte que la décision apparaît incompatible avec les valeurs reconnues dans un État de droit. Une sentence est contraire à l'ordre public matériel lorsqu'elle viole des principes fondamentaux du droit de fond au point de ne plus être conciliable avec l'ordre juridique et le système de valeurs déterminants ; au nombre de ces principes figurent, notamment, la fidélité contractuelle, le respect des règles de la bonne foi, l'interdiction de l'abus de droit, la prohibition des mesures discriminatoires ou spoliatrices, ainsi que la protection des personnes civilement incapables* ». L'arrêt *Tensacciai c. Terra Armata* reprend dans le considérant préc. le raisonnement de l'arrêt du 9 janvier 2006, 4P.280/2005, ATF 130 III 445, consid. 2.1.

<sup>320</sup> En ce sens, v. J-B.Racine, « Les normes porteuses d'ordre public (...) », *op. cit.*, p. 12.



auquel ni l'arbitre ni les parties ne peuvent déroger, sa fonction étant de réguler les activités économiques. À la lumière de l'analyse économique du droit, il tend à assurer la contribution des ressources et l'efficacité économique des transactions. D'un côté, il vise à imposer un comportement pour assurer la stabilité des piliers de la société (l'ordre public de direction); de l'autre, il se concentre sur la protection des intérêts économiques et sociaux, notamment des parties faibles (l'ordre public de protection)<sup>321</sup>. Les deux variantes de l'ordre public économique apparaissent à travers des normes étant l'objet d'intérêt de l'étude sur l'arbitrabilité – comme en matière de droit des sociétés, de la propriété intellectuelle, de la concurrence et de l'insolvabilité.

12. Cependant, selon la doctrine française, la distinction entre l'ordre public matériel et l'ordre public procédural n'est pas suffisante pour l'analyse de l'arbitrabilité. Selon cette approche doctrinale, c'est la notion d'ordre public juridictionnel qui, par contraste avec l'ordre public substantiel, semble être révélatrice<sup>322</sup>. La notion d'ordre public juridictionnel, étant pour certains auteurs un concept restreint<sup>323</sup> « *qui défend le recours à l'arbitrage lorsque la matière intéresse au plus près l'ordre public international* »<sup>324</sup>, constituerait le dernier bastion de l'inarbitrabilité<sup>325</sup>, et indiquerait les limites de la protection des intérêts supérieurs de l'État. D'autres auteurs se réfèrent plutôt au concept de l'ordre public de protection du point de vue des garanties de la justice étatique. Cet ordre public signifie l'exercice effectif des droits soumis à la protection de juge lorsque la personne se trouve en situation de faiblesse. « *Une fois le droit acquis ou la situation de faiblesse supposée disparue, cet ordre public juridictionnel s'effacera le plus souvent pour autoriser le recours à l'arbitrage (...)* »<sup>326</sup>. Dans ce

---

<sup>321</sup> F. Julienne, « Transaction. Art. 2044 à 2052 », *J.-Cl., Répertoire Code civil*, Fasc. 20 (la distinction entre l'ordre public de protection et l'ordre public de direction) avec les références citées : G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, Paris 1979, p. 95 ; T. Revet (éd.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Ouvrage collectif, Dalloz, Paris 1996.

<sup>322</sup> V. notamment la conception de J. Billemont, *op. cit.*, n° 24 et s., pp. 28 et s. L'auteur présente l'ordre public juridictionnel comme un concept « révélateur » de l'arbitrabilité.

<sup>323</sup> En ce sens P. Ancel, « Arbitrage-Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables », *J.-Cl. Proc. Civ.*, fasc. 1024.

<sup>324</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 33, p. 33.

<sup>325</sup> *Ibid.*, pp. 28 et s.

<sup>326</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 103, pp. 112 et s.

contexte, l'ordre public juridictionnel, contrairement à l'ordre public matériel applicable au fond du litige, et indépendamment de celui-ci, concerne la convention d'arbitrage et peut dès lors mener à l'annulation de la sentence arbitrale<sup>327</sup>.

13. Enfin, pour mettre à jour le débat général sur les rapports entre ordre public et arbitrage et ses aspects potentiellement importants pour l'arbitrabilité, il paraît opportun de mettre l'accent sur le processus de spécialisation de l'ordre public. Parmi les ordres publics régionaux, différenciés tant du point de vue institutionnel (comme à titre d'exemple l'ordre public dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme), que concernant un domaine du droit (à titre d'exemple l'ordre public sportif dans le cadre du Tribunal Arbitral du Sport), c'est notamment l'ordre public du droit de l'Union européenne qui gagne de l'importance. Agissant en fonction des objectifs de l'Union européenne, l'ordre public ainsi conçu, joue un rôle successivement croissant dans le domaine de l'arbitrabilité, malgré le manque de réglementation de l'arbitrage au sein de l'espace judiciaire européen<sup>328</sup>, notamment en droit privé<sup>329</sup>. Dans le cadre de l'ordre public européen, une cour étatique, exerçant un contrôle sur la sentence arbitrale, peut saisir la CJUE d'une question préjudicielle sur le fondement de l'art. 267 TFUE lorsqu'il est nécessaire d'interpréter le droit de l'Union européenne<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> En ce sens *ibid.*, n° 115, p. 127.

<sup>328</sup> Selon la jurisprudence *Nordsee*, un tribunal arbitral ne constitue pas une juridiction au sens de l'art. 234 CE et ne peut pas, par conséquent, formuler une question préjudicielle, v. CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.* 1982, p. 1095 ; *Rev. arb.*, 1982. Selon la jurisprudence *Marc Rich*, la Convention de Bruxelles ne s'applique pas aux procédures judiciaires mettant en œuvre une procédure d'arbitrage, v. CJCE, 25 juillet 1991, *Marc Rich*, C-190/89, *Rec.* 1991 p. I-3855 ; *Rev. crit. DIP de droit international privé* 1993 p. 316, note Mayer. Cependant, à partir de la jurisprudence *Van Uden*, la question reste ouverte, le régime bruxellois étant applicable aux procédures judiciaires ayant pour but l'obtention des mesures provisoires, même dans une procédure arbitrale, v. CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, C-391/95, *Rec. I*, p. 7091 ; *Rev. arb.*, 1999. La juridiction *Allianz* confirme cette évolution en faveur de l'application du régime bruxellois aux exceptions d'incompétence, tirées de l'existence d'une convention d'arbitrage, CJCE, 10 février 2009, *Allianz et Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, *Rec.* 2010, p. I-663, *Rev. arb.*, 2009 ; *Recueil Dalloz* 2009 pp. 983-985, note Kassedijan ; *Europe* 2009 (176), p. 32, note Idot ; *Rev. arb.*, 2009 p. 413-427, note Bollée. Cf. cependant CA Paris, 15 juin 2006, *Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, *Rev. arb.*, 2007, p. 90, note Bollé (en condamnant la méconnaissance de l'effet négatif du principe Compétence-Compétence en droit français de l'arbitrage international, la Cour d'appel de Paris a refusé la reconnaissance de la décision italienne écartant l'exception d'incompétence tirée de l'existence d'une convention d'arbitrage, sur le fondement de non-application du Règlement Bruxelles I).

<sup>329</sup> V. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

<sup>330</sup> CJCE, 27 avril 1994, *Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/92, *Rec. I*, p. 1477 ; *Rev. arb.*, 1995, p. 503, note Fouchard.

L'arbitre, quant à lui, en appliquant la règle européenne, vérifie la conformité de la situation présentée avec le droit de l'Union européenne et doit sanctionner sa violation<sup>331</sup>. Dans les limites imposées par l'ordre public européen, compris comme le droit de l'Union européenne (les principes généraux du droit institutionnel de l'UE et les textes de droit matériel), l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit européen est en principe admise<sup>332</sup>. Le fait que les règles du droit de l'Union européenne, applicables aux litiges soumis à l'arbitre, soient en grande partie des règles d'ordre public, a amené la Cour de justice de l'Union européenne à ce que, pour répondre aux finalités économiques majeures, tout en protégeant notamment le consommateur<sup>333</sup>, elle admette une arbitrabilité conditionnelle dans le domaine du droit de la concurrence<sup>334</sup>.

## B. La typologie selon la nature des normes d'ordre public

14. L'ordre public se manifeste également à travers des normes de nature différente. Contrairement à la classification des normes porteuses d'ordre public selon leur objet, la classification selon la nature illustre les relations entre l'arbitrage et les ordres publics par la hiérarchie de ces derniers. Il s'agit ici du degré d'impérativité d'un ordre public donné à l'égard de l'arbitre. Une telle classification serait utile pour une évaluation *ex post* de l'arbitrabilité, lors du contrôle de la sentence arbitrale en matière internationale, même si le contrôle de l'arbitrabilité constitue généralement, dans les droits nationaux, à l'instar de l'art. V(2)(a) de la Convention de New York de 1958, un motif séparé de celui de l'ordre public (l'art. V(2)(b))<sup>335</sup>. Dans cette hypothèse, la vérification de l'arbitrabilité présenterait un caractère formel et abstrait, ayant quand

---

<sup>331</sup> Ch. Jarrosson, L. Idot, « Arbitrage », *Répertoire de droit européen*, 2017, n°s 26 et s. avec la jurisprudence française citée.

<sup>332</sup> *Ibid.*, n°s 18 et 24.

<sup>333</sup> V *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I pour une analyse de la jurisprudence de la CJCE : *Mostaza Claro, Asturcom Telecomunicaciones, Oceano Group*.

<sup>334</sup> Notamment CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999 p. I-3055 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 631, note Idot. Selon la jurisprudence *Eco Swiss*, les arbitres ayant droit à la mise en œuvre le droit de la concurrence, les litiges de ces domaines deviennent arbitrables sous condition de leur caractère disponible, dans le cadre de l'art. 101 §3 TFUE, cf *infra*.

<sup>335</sup> En ce sens S.M. Kröll, « Arbitrability of commercial representations » In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 326 et s. B. Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 120.

même pour but la reddition d'une sentence exécutoire. Le problème, qui se pose ici au niveau de la sentence, tiendrait, selon B. Hanotiau, « *de la nature ou de l'objet de la contestation soumises aux arbitres* »<sup>336</sup>.

15. Tout d'abord, l'ordre public dont le rôle semble pratiquement résiduel pour l'arbitrage, est l'ordre public interne. Il découle de la loi choisie par les parties<sup>337</sup>. Notamment pour un arbitre international, un tel ensemble normatif devrait céder dans le cas de conflit avec une forme plus internationale d'ordre public. Selon M. Racine, « *il serait par exemple possible d'écarter une disposition d'ordre public interne si son contenu ou son invocation dans le litige était jugé contraire au principe de bonne foi dès lors que ce dernier serait qualifié de principe d'ordre public international* »<sup>338</sup>.
16. Ensuite, « hiérarchiquement » entre l'ordre public interne et l'ordre public international se situent les lois de police<sup>339</sup>. Ces normes de l'ordre public interne, applicables au plan international, constituent un obstacle réel à l'arbitrage international qui les perçoit comme « *le reflet de 'politiques' législatives particularistes* »<sup>340</sup>. Leur signification pour l'arbitrabilité ne peut pas être négligée, dans le sens où elles « internationalisent » les particularités des critères nationaux de celle-ci. Par exemple, les lois de police constituant le noyau dur de l'ordre public économique du for, se caractérisent par leur spécificité et répondent aux objectifs économiques et sociaux de l'État qui les a adoptées. Dans ce contexte, par exemple, le droit de la concurrence s'inscrit dans la catégorie de l'ordre public économique de provenance nationale. La spécificité nationale du droit de la concurrence ne disparaît pas, même si un nombre significatif d'États s'accordent sur les grands principes de la matière en question<sup>341</sup>.

---

<sup>336</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 43, p. 934.

<sup>337</sup> J.-B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public (...) », *op. cit.*, pp. 16 et s.

<sup>338</sup> *Ibid.* p. 28. L'auteur illustre la hiérarchie des ordres publics à l'aide d'une pyramide.

<sup>339</sup> V. également *infra*, le paragraphe suivant n° 2.

<sup>340</sup> J.-B. Racine, « Les normes porteuses d'ordre public (...) », *op. cit.*, p. 17.

<sup>341</sup> V., dans le contexte du droit suisse de la concurrence, Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, ATF 132 III 389, *préc.*, considérant 3.1.

17. Enfin, l'ordre public international constitue un concept applicable au stade du contrôle des sentences arbitrales internationales<sup>342</sup>. Malgré le manque d'une définition universelle de ce concept, il est généralement conçu de manière restrictive, sa portée étant contrastée avec celle de l'ordre public interne<sup>343</sup>. Selon la définition du Comité sur l'arbitrage commercial international de l'Association de droit international, l'ordre public de l'État comprend « i) les principes fondamentaux, relatifs à la justice et à la morale, que l'État désire protéger, même lorsqu'il n'est pas directement concerné ; (ii) les règles destinées à servir les intérêts politiques, sociaux ou économiques de l'État, connues sous l'appellation de « lois de police » ou « lois d'ordre public » ; et iii) le devoir de l'État de respecter ses obligations envers d'autres États ou des organisations internationales »<sup>344</sup>. En revanche, ni la Convention de New York (l'art. V(2)(b)), ni la loi modèle de la CNUDCI (articles 34(2)(b)(ii) et 36(1)(b)(ii)) ne précisent la notion d'ordre public international, son emploi restant donc davantage intuitif.
18. Se caractérisant par une position particulièrement libérale envers l'arbitrage en matière internationale, la vision française de l'ordre public international constitue, à cet égard, une approche particulièrement restreinte quant au contenu de l'ordre public concerné dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale internationale. Celui-ci, étant limité aux violations flagrantes de l'ordre public<sup>345</sup> et n'autorisant pas la révision au fond de

---

<sup>342</sup> Selon E. Loquin, l'ordre public international s'exprime devant un arbitre international uniquement par rapport à l'efficacité de la sentence arbitrale. V. E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, Clunet, 1983, p. 293 et p. 341.

<sup>343</sup> Pour une analyse de la conception française de l'ordre public international, v. également *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>344</sup> Les Recommandations du Rapport final sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales, approuvées par la Résolution 2/2002 du Comité sur l'arbitrage commercial international de l'Association de droit international (*ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement on international Arbitral Awards*, Resolution 2/2002, International Commercial arbitration, The 70th Conference of the International Law Association, New Delhi, 2-6 April 2002).

<sup>345</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mars 2000, *André Vernhoef c. Moreau*, *Cah. arb.*, vol. I, 2000-2001, p. 357, une violation « flagrante, effective et concrète » ; CA Paris, 14 juin 2001, *Rev. arb.*, 2001, p. 773, note Seraglini ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juin 2008, *Cytec*, D. 2008, p. 2560, *Rev. arb.*, 2008, p. 473, note Fadlallah ; CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence c. GIE Euromissile*, *Rev. arb.*, 2005, p. 529, note Radicati di Brozolo. Il s'agit de l'illicéité qui « crève les yeux », comme le décrit L. G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité qui crève les yeux : le critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, pp. 529-560.

la sentence, a suscité de nombreuses controverses<sup>346</sup>. Cela n'a pas empêché la doctrine française de l'arbitrage de se laisser tenter par le concept voisin de l'ordre public, dit ordre « véritablement international » ou « transnational »<sup>347</sup>. À cet égard, l'absence de for pour un arbitre international<sup>348</sup>, la multiplicité des sources normatives, ainsi que le libéralisme économique et juridique mentionné ci-dessus, ont finalement contribué à la naissance d'un concept d'ordre potentiellement plus adapté aux besoins de l'arbitrage international. Évoquant des principes difficilement contestables, comme l'interdiction de la corruption, cette idée est assez universelle pour pouvoir gagner un consensus en droit comparé. Toutefois, elle joue toutefois un rôle limité en pratique en raison de sa « *forte orientation occidentale* »<sup>349</sup>. Dans ce contexte, nous nous attarderons à dégager les difficultés liées à la formulation d'une notion transnationale de l'arbitrabilité<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> V., entre autres, P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », In *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris 2008, p. 459 ; Ch. Seraglini, « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique: mythes et réalités », *Cah. arb.*, vol. 5, Pedone 2011, p. 198.

<sup>347</sup> V. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

<sup>348</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman (éd.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris 1996, n° 1534, p. 875. E Gaillard soutient à cet égard que l'arbitre international ne peut pas se satisfaire des particularités de l'ordre public du for, dès lors son pouvoir de juge provient de tous les États qui sont ouverts à la reconnaissance de la sentence arbitrale. Une opinion contraire est présentée par J.-M. Jacquet, selon laquelle l'ordre public international du juge du recours vise « *la sauvegarde du particularisme juridique du for* ». V. J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris 1983, pp. 276-277.

<sup>349</sup> En ce sens, Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 896, p. 816.

<sup>350</sup> V. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

## **Paragraphe 2. Le déclin du rôle de l'ordre public en arbitrage**

19. L'ordre public, longtemps présenté comme une limite à la compétence de l'arbitre, joue un rôle de moins en moins significatif (A). En conséquence, l'ordre public perd son rôle de critère déterminant de l'arbitrabilité (B).

### **A. L'élargissement de la compétence de l'arbitre par rapport à l'ordre public**

20. La relation entre l'arbitrage et l'ordre public se manifeste à deux stades. Tout d'abord, l'ordre public intervient quand l'arbitre applique le droit, tant quant aux règles de l'arbitrabilité que quant aux règles applicables au fond du litige. Ensuite, l'ordre public est pris en considération au stade du contrôle de la sentence arbitrale exercée par le juge de l'exequatur ou par le juge de l'annulation.
21. Dans la première hypothèse, la jurisprudence française, commençant par la jurisprudence *Tissot*<sup>351</sup>, a d'abord assoupli le lien entre l'ordre public et la nullité de la convention d'arbitrage, pour ensuite, à l'instar de la jurisprudence américaine *Mitsubishi*<sup>352</sup>, atténuer la méfiance des arbitres quant à l'assurance de la défense de l'ordre public. Il résultait de ces jurisprudences que la nullité de la convention d'arbitrage n'était plus une conséquence du seul fait qu'un litige touchait une matière d'ordre public, cette nullité résultant plutôt de sa violation<sup>353</sup>. Il découlait de plus d'une jurisprudence abondante et consacrée que l'arbitre est autorisé à appliquer les règles d'ordre public international, dont la méconnaissance peut être sanctionnée devant le juge étatique du contrôle<sup>354</sup>. La solution, appliquée d'abord aux règles impératives du droit de la concurrence, a été ensuite étendue à l'arbitrage interne en France<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> Cass. com., 29 novembre 1950, *Tissot*, JCP 1951, IV, 5; *RTD civ.*, 1951, p. 106, obs. Hébraud.

<sup>352</sup> *Mitsubishi Motors Corp c. Soler Chrysler-Plymouth Inc*, préc.

<sup>353</sup> CA Paris, 15 juin 1956, *Rev. arb.*, 196, p. 97; JCP 196, II, 9419, note Motulsky.

<sup>354</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Société Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, pp. 478 et s., note Idot ; CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, *Rev. arb.*, 1993, pp. 645 et s., note Jarrosson; JDI, 1993, pp. 957 et s., note Idot; *RTD com.*, 1993, pp. 495 et s., obs. Dubarry et Loquin.

<sup>355</sup> CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette*, *Rev. arb.*, 1996, p. 87, note Cohen.

22. Quant à la deuxième hypothèse, suite à l'évolution jurisprudentielle française et américaine, la notion d'ordre public se transfère en droit comparé au stade de l'exequatur et du contrôle de la sentence arbitrale. Les arbitres, ayant reçu des compétences particulièrement larges, qui leur sont retirées uniquement dans le cas de la nullité manifeste et de l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage, la sentence fera toujours l'objet d'un contrôle d'un juge étatique. Celle-ci a pourtant un caractère exceptionnel et restreint, voire minimaliste en droit français, notamment en matière internationale.

## **B. Le caractère distendu des liens entre l'ordre public et l'arbitrabilité**

23. Bien que le concept d'arbitrabilité reste directement lié au concept d'ordre public, sa fonction dans la détermination du champ des litiges arbitrables s'est transformée suite à son évolution, notamment en matière de l'arbitrage international.
24. Tout d'abord, le fait mentionné ci-dessus, selon lequel l'ordre public constitue un motif de contrôle de la sentence arbitrale séparé de celui basé sur l'inarbitrabilité selon la Convention de New York, n'est pas aléatoire. La portée différente de deux motifs du contrôle – l'arbitrabilité et l'ordre public, résulte en effet du caractère non-identique des normes d'ordre public et des normes impératives, la portée de ces premières étant plus large et plus universelle en droit international<sup>356</sup>. De plus, alors que l'intervention de l'ordre public au niveau de la sentence permettrait de détecter les litiges arbitrables, son application au niveau de la sentence, limite les pouvoirs de l'arbitre et implique le refus de l'exequatur dans l'hypothèse de méconnaissance par l'arbitre des règles de celui-ci dans la sentence<sup>357</sup>. L'impact de l'ordre public « *semble [ici] s'amenuiser* »<sup>358</sup>.

---

<sup>356</sup> K.-H. Böckstiegel, « Public Policy as a limit to arbitration and its enforcement », *IBA Journal of Dispute resolution*, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years, p. 126.

<sup>357</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 44, p. 934.

<sup>358</sup> *Ibid*, n° 43, p. 934.



25. Ensuite, l'existence de différents ordres publics signifie qu'ils ne sont pas tous susceptibles de bloquer l'arbitrage. Comme le dit un auteur, « *seule la considération des finalités de l'ordre public permet, en certaines circonstances, d'expliquer l'exclusion de l'arbitrage*<sup>359</sup> ». Admettant en plus que l'ordre public varie selon l'objet de la protection, la dichotomie au sein de ses objectifs – la protection de règles édictées dans l'intérêt public ou celles édictées dans l'intérêt privé – signifie en même temps que certaines règles d'ordre public peuvent faire l'objet d'une renonciation<sup>360</sup>. Ce phénomène dispose d'un impact direct sur le concept de la libre disponibilité des droits et, par conséquent, sur l'arbitrabilité des litiges<sup>361</sup>.
26. Finalement, l'élargissement susmentionné de la compétence de l'arbitre par rapport aux normes d'ordres public est la conséquence d'une évolution et d'une adaptation de la jurisprudence. En effet, selon l'arrêt *Ganz* de la Cour d'appel de Paris, une règle d'ordre public applicable au rapport de droit litigieux, ne peut pas constituer un obstacle à l'arbitrabilité. En effet, la jurisprudence en question prévoit que « *l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation* »<sup>362</sup>. Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence *Labinal* confirme ce raisonnement et précise que « *l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux* »<sup>363</sup>. Or, selon la doctrine française, qui condamne notamment l'ordre public de fond, celui-ci n'a, en principe, plus de rôle à jouer dans la définition de l'arbitrabilité, « *puisque les arbitres sont à présent compétents pour sanctionner la violation des dispositions impératives régissant le fond du litige* »<sup>364</sup>.

---

<sup>359</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 76, p. 59

<sup>360</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 193, p. 117 avec les références citées.

<sup>361</sup> V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

<sup>362</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Société Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, pp. 478, note Idot .

<sup>363</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *préc.*

<sup>364</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 33, p. 33.

27. En conséquence, l'ordre public n'est plus considéré comme un critère déterminant de l'arbitrabilité. Ce phénomène reflète une tendance plus générale en droit de l'arbitrage où l'inarbitrabilité a cédé la place à l'arbitrabilité – aujourd'hui largement admise, presque d'une manière « universelle »<sup>365</sup>. En d'autres termes, le champ des litiges arbitrables n'est plus décrit en termes « négatifs ». C'est ce qui ressort de l'assertion de P. Level, selon laquelle « *plutôt qu'une définition restrictive par référence à ce qui peut être soustrait à la juridiction étatique, nous préférons une définition plus positive de l'arbitrabilité, moins comme l'expression d'une dérogation à la juridiction ordinaire que sous l'aspect d'une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux* »<sup>366</sup>. En ce sens, surtout en matière internationale, les matières qui touchent de très près à l'ordre public, comme le droit pénal ou l'état des personnes, restent inarbitrables. Un tel élargissement du domaine de l'arbitrabilité a eu lieu au sein de différents ordres juridiques, notamment dans les droits français, suisse et nord-américain concernant des matières intéressant l'ordre public, surtout l'ordre public économique de protection et de direction.
28. Ce phénomène touche surtout le droit de la concurrence, le droit des sociétés, successivement le droit de la propriété intellectuelle, pour concerner enfin, d'une manière approfondie, les contrats conclus par une partie présumée faible, dans le domaine relatif au consommateur<sup>367</sup> et à l'employé<sup>368</sup>.

---

<sup>365</sup> En ce sens, K. Youssef, *The Death of Inarbitrability*, In L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, pp. 47-68.

<sup>366</sup> P. Level, *op. cit.*, p. 214.

<sup>367</sup> Les tribunaux français ont reconnu la validité des clauses compromissoires dans les contrats internationaux conclus par un consommateur avec le professionnel, CAParis, 7 décembre 1994, *Société V 2000 (Jaguar France) c. Société Project XJ 220 ITD et autres*, *Rev. arb.*, 1996, pp. 245 et s. note Jarroson, v. également *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>368</sup> En droit français, le salarié peut se fonder sur une clause d'arbitrage stipulée dans un contrat international de travail. Par conséquent, de telles clauses d'arbitrage restent valides, Cass. soc., 16 février 1999, *Société Château Tour Saint Christophe c. Aström*, *Bull. civ.*, IV, n° 78 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 290, note Moreau; Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. SA Sacinter*, *Bull. civ.*, 1999 V n° 191 p. 140. V. également *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I.

## SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT D'ORDRE PUBLIC ET SES CONSÉQUENCES SUR LA NOTION D'ARBITRABILITÉ

29. Le concept d'ordre public est compris différemment d'un ordre juridique à l'autre. La source de cette notion ayant une origine diversifiée – textuelle dans les droits de tradition germanique, doctrinale dans les droits de tradition romaniste et jurisprudentielle dans les pays de Common Law, sa mise en œuvre ne peut pas être décrite selon un modèle unique. Par conséquent, sa signification pour le concept d'arbitrabilité diffère également.
30. Certes, le rôle d'ordre public a généralement une portée restreint, le noyau dur du concept de l'ordre public, dans le sens du droit international privé, tant dans les systèmes civilistes que anglo-saxons, reposant sur le rejet des normes qui porte atteinte aux principes fondamentaux du droit, comme la liberté contractuelle ou le droit de propriété<sup>369</sup>. En ce sens, l'analyse comparative de l'arbitrabilité, au sein des pays proches géographiquement et culturellement, et formant un système juridique à part entière, notamment lorsqu'ils font partie de la famille romano-germanique, peut, de prime abord, paraître difficile quant à la détection des éléments différenciant ces législations vis-à-vis de la notion d'ordre public et du rôle que celle-ci a vocation à jouer. Toutefois, il existe aussi des différences au sein de la famille romano-germanique. Par conséquent, pour pouvoir procéder à l'étude des critères d'arbitrabilité, nous allons comparer d'un côté les pays qui définissent traditionnellement leur régime d'arbitrabilité par exclusion de l'ordre public et, de l'autre, les pays dans lesquels le rôle de ce dernier a très peu de signification pour la problématique étudiée. La France appartient à ce premier modèle, ce qui est également le cas de la Belgique. Le droit polonais, influencé par le droit allemand, relève avec ce dernier du second modèle (**Paragraphe 1**)

---

<sup>369</sup> En ce sens, K. Murphy, « The traditional view of public policy and ordre public in private international law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1981, 11 (3), pp. 598 et s. L'auteur se réfère à M. Kahn-Freund.

31. S'agissant du système anglo-saxon, il utilise avec précaution le concept d'ordre public dans les conflits des lois et se réfère aux droits d'origine germanique<sup>370</sup>. D'un côté, il est réticent à la construction même d'une notion d'arbitrabilité clairement délimitée. Ainsi, le fait que l'ordre public ne fasse pas partie du cadre conceptuel des droits de Common Law, surtout du droit anglais, et allemand, rend difficile l'identification de cette notion à la lumière des ordres juridiques en question. D'un autre côté, l'enracinement de la définition de l'arbitrabilité, et son étendue, dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale sous l'angle de la conformité avec l'ordre public du for, notamment en droit américain, se rapproche des droits romanistes, notamment du droit français. Par conséquent, bien que l'approche du concept d'arbitrabilité existant dans la tradition de Common Law, interprétée *lato sensu* (le droit anglais et le droit américain), ne fasse pas l'objet de recherches approfondies dans les développements qui vont suivre, elle sera toutefois évoquée au titre de l'impact de l'ordre public sur l'arbitrabilité, lequel contraste partiellement avec celui du droit continental (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. Les approches à l'arbitrabilité dans les pays de tradition civiliste***

32. Les études visant à comparer la notion d'ordre public dans les droits de la tradition germanique et romaniste restent limitées dans la littérature du droit comparé<sup>371</sup>. L'une des raisons principales de ce phénomène est la possibilité d'analyser l'ordre public comme concept sur deux niveaux différents, dans le contexte de la matière interne d'abord, puis dans le contexte du droit international privé. À cet égard, la différence entre les ordres juridiques de tradition civiliste s'articule autour du moment de la codification des relations entre droit interne et international et des règles de conflits de lois.

---

<sup>370</sup> En ce sens, K. Murphy, *op.cit.*, p. 599.

<sup>371</sup> En ce sens, Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public, Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, Reims 1953, p. 11, et, récemment, O. Franco, *op.cit.*, pp. 80 et s. Ce dernier auteur fait également référence à l'auteur italien qui analyse la problématique de l'ordre public dans la perspective du droit comparé ; G. B. Ferri, *Ordine pubblico, buon consume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milan 1970.

33. Ainsi, alors qu'en droit français l'ordre public interne était réglementé avant les règles de conflits de lois, le Code de Napoléon de 1804 s'étant d'abord concentré sur la matière interne, la codification du droit allemand à la fin de XIX<sup>e</sup> siècle a inclus au titre de ce sujet tant le conflit de lois que la doctrine portant sur l'ordre public<sup>372</sup>. Cette différence entre les approches du concept d'ordre public a été approfondie, par la suite, avec l'adoption de la conception de Mancini en France et celle de Savigny en Allemagne. Or, « *influencée par la pensée idéaliste et le concept de la liberté chez Kant* »<sup>373</sup>, l'approche française a mené à l'inclusion de « *l'autonomie de la volonté des particuliers dans les règles générales du droit international privé* »<sup>374</sup>, la liberté contractuelle étant conçue comme une manifestation de l'autonomie de la volonté dans le domaine des contrats<sup>375</sup>. Permettant la création d'un cadre favorable à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle, ces conditions philosophiques et juridiques ont également influencé le développement doctrinal du concept d'ordre public<sup>376</sup>. Ceci explique que le concept français d'ordre public, élaborée par la doctrine et la jurisprudence, soit plus flexible que celui du droit allemand, lequel est souvent lié à des notions indéterminées, comme celle d'ordre social<sup>377</sup>. Le manque de sécurité juridique qui en résulte semble compensé par les efforts doctrinaux et l'application restrictive du concept en jurisprudence, notamment en matière internationale, le juge français se montrant plus libéral que les systèmes d'inspiration germanique ou anglo-saxonne<sup>378</sup>.

---

<sup>372</sup> K. Murphy, *op. cit.*, pp. 596-598.

<sup>373</sup> Ch. Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, Adi-Poche 2013, pp.60 et s.

<sup>374</sup> *Ibid.*, pp. 60 et s.

<sup>375</sup> En ce sens, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral à jour de la réforme 2016*, PUF, Paris 2016, p. 64.

<sup>376</sup> En ce sens, Ph. Malaurie, *op. cit.*, p. 45 qui soutient que « [l]'ordre public ne peut se concevoir que dans un système juridiques qui connaissent le principe général de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle ».

<sup>377</sup> « *The French approach abhors inconsistency and seeks to apply ordre public as a rational integrated doctrinal element of French law* », K. Murphy, *op. cit.*, p. 597, s'appuyant sur les travaux de D. Lloyd, *Public policy: a comparative study in English and French law*, Athlone Press, London 1953, n° 149.

<sup>378</sup> K. Murphy, *op. cit.*, p. 597.

34. En effet, au sein des droits de la tradition romaniste, la doctrine et la jurisprudence attribuent certaines dispositions de droit matériel, ou certains droits subjectifs, à la sphère de l'ordre public qui sert traditionnellement dans ces systèmes juridiques à délimiter les frontières entre les matières arbitrables et celles inarbitrables. Certes, le droit français s'appuie sur l'exception d'ordre public international conçue comme une protection contre des lois étrangères contraires aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français<sup>379</sup>. Cependant, le rattachement d'une catégorie litigieuse à la sphère d'ordre public constitue rarement un motif de l'intervention radicale de la juridiction étatique, en cas de contrariété avec celui-ci; elle tend plutôt à déterminer l'étendue de l'inarbitrabilité de litige. La question se pose alors de savoir si la référence aux droits « *intéressant l'ordre public* » constitue le cadre opportun pour établir les limites de l'arbitrabilité (A). En revanche, dans les droits du cercle germanique, comme c'est le cas du droit polonais, la notion d'ordre public est surtout appliquée en présence d'une violation du droit positif et des principes fondamentaux de l'ordre juridique, afin de permettre au juge d'invalidier un jugement, en s'appuyant sur l'exception d'ordre public<sup>380</sup>. Par conséquent, la notion de l'ordre public en tant que telle, n'exerce pas d'influence directe sur la notion d'arbitrabilité en droit polonais (B).

#### A. L'ordre public en tant que critère contestable de l'arbitrabilité en droit français

35. L'arbitrabilité en droit français est définie à l'art. 2059 du frCc, aux termes duquel « *toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ». L'art. suivant, l'art. 2060 du frCc, précise que : « *[o]n ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes*

---

<sup>379</sup> P. Mayer, V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, Paris 2007, n° 200, p. 147.

<sup>380</sup> F. Ebbing, *Private Zivilgerichte*, C.H. Beck, München 2003, pp. 152 et s. En droit allemand, la position doctrinale envers l'ordre public est plus nuancée et moins radicale. À cet égard, l'ordre public constitue une limite *ultima ratio* de l'arbitrabilité. En ce sens, v. également A. W. Wiśniewski, « Arbitraż korporacyjny », In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego, op. cit.*, p. 920.

*les matières qui intéressent l'ordre public (...) »*. La situation côte-à-côte de ces deux articles est à l'origine d'un débat doctrinal en France depuis trois décennies<sup>381</sup>.

36. En effet, en l'absence d'une définition normative indiquant clairement quels droits sont à la disposition des parties<sup>382</sup>, la lecture des articles 2059 et 2060 du frCc restreint le standard de l'arbitrabilité des litiges disponibles par une règle équivoque d'inarbitrabilité portant sur les matières qui « *intéressent l'ordre public* ». Ainsi, comme le relève B. Fauvarque-Cosson à l'égard de la libre disponibilité des droits, « *c'est le sort qui lui sera immanquablement réservé si l'on se contente de définir cette notion par référence à son antonyme, l'indisponibilité, laquelle est elle-même déterminée d'après la notion d'ordre public, dont le contenu reste insaisissable* »<sup>383</sup>. C'est une opinion qui paraît constituer à la fois une critique de la définition *ignotum per ignotum* et de celle, *a contrario*, de l'arbitrabilité. Dans le même sens, les auteurs se mettent d'accord sur le caractère malencontreux de la définition de l'inarbitrabilité par « blocs d'incompétences », lequel peut en effet limiter l'arbitrabilité par n'importe quelle règle d'ordre public<sup>384</sup>. Face à ces contestations du rattachement de l'inarbitrabilité à l'ordre public de fond, certains auteurs estiment que seul le lien à l'ordre juridictionnel reste justifié en tant que limite de l'arbitrabilité<sup>385</sup>. Toutefois, selon une autre qualification doctrinale, soutenue par la jurisprudence française en matière de conflits de lois, le critère de libre disponibilité constitue un critère de l'arbitrabilité<sup>386</sup>, quoique relativement autonome par rapport à l'ordre public, qui prendrait, en même temps, la place du renvoi à l'ordre public dans la définition de l'autorité de la règle de conflit<sup>387</sup>.

---

<sup>381</sup> En ce sens, v., entre autres, P. Mayer, « Le contrat illicite », *Rev.arb.*, 1984, p. 213; CA Paris, 29 mars 1991, *Société Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, pp. 478, note Idot ; B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 15 et s., pp. 94 et s.

<sup>382</sup> V.*infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>383</sup> B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, n<sup>o</sup>92, p. 57.

<sup>384</sup> P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev.arb.*, 1992, s. 232-234 ; B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 156, p. 95.

<sup>385</sup> V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>386</sup> Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *op. cit.*, p. 1 ; P. Level, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, 1992, p. 213.

<sup>387</sup> En ce sens B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op.cit*, n<sup>o</sup>91, p. 56.

37. Parallèlement à la doctrine, la jurisprudence française a reconnu, au début des années 90, la possibilité pour les parties de compromettre sur les droits « *intéressant l'ordre public* », quand l'arbitre respecte les dispositions de celui-ci<sup>388</sup>. La compétence mentionnée ci-dessus de l'arbitre pour statuer sur les lois de police en matière internationale a été confirmée par les jurisprudences *Ganz*<sup>389</sup> et *Labinal*<sup>390</sup> de 1991 et 1993, selon lesquelles les principes et les règles relevant de l'ordre public international sont à la disposition de l'arbitre, qui est désormais autorisé à en sanctionner la méconnaissance, sous le contrôle du juge de l'annulation. Ce processus progressif de neutralisation par la jurisprudence de l'art. 2060 du frCc s'est déroulé surtout en matière internationale<sup>391</sup>. Compte tenu du fait que l'arbitre interne dispose d'un pouvoir « juridictionnel » comparable à celui de l'arbitre international, il était difficile de ne pas lui attribuer la même compétence, même si la détermination des lois de police et des règles de l'ordre public international est une tâche plus complexe que celle posée par l'ordre public interne<sup>392</sup>. Par conséquent, la solution de jurisprudence *Labinal* a été également étendue, par la jurisprudence, à l'arbitrage interne en 2002<sup>393</sup>. À cet égard, l'arrêt *Matra Hachette* de 1995<sup>394</sup> s'était déjà montré favorable à l'extension de la jurisprudence internationale en matière interne, ce qui a été par la suite confirmé par la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris en 1998<sup>395</sup>. Cette lignée jurisprudentielle a été complétée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Toulousy c. Phillam* de 2002, qui

---

<sup>388</sup> V. le courant jurisprudentiel, précité, de la Cour d'appel de Paris dans les affaires *Ganz c. les Chemins de fer Tunisiens*, 29 mars 1991 ; *Labinal S.A c. Mors & Westland Aerospace Ltd.* 19 mai 1993 ; *Thalès Air Defence c. GIE Euromissile*, 18 novembre 2004.

<sup>389</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *préc.*

<sup>390</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *préc.*

<sup>391</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>392</sup> En ce sens, J. Pellerin, « Monisme ou dualisme de l'arbitrage. Le point de vue français », *Gazette du Palais*, 17 octobre 2006, n° 290, p. 5, v. spéc. n° 13, cf. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II.

<sup>393</sup> CA Paris, 12 septembre 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 174, note Boursier.

<sup>394</sup> CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette*, *Rev. arb.*, 1996, p. 87, note Cohen. L'arrêt porte sur des règles impératives en matière de procédures collectives : « *en matière d'arbitrage interne ou international (...), l'arbitrabilité n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux (...)* ».

<sup>395</sup> CA Paris, 16 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 333, note Idot.



portait sur un litige relatif à la nullité d'une société en participation<sup>396</sup>, puis à nouveau confirmée par la Cour d'appel de Paris en 2008<sup>397</sup>.

## **B. L'exception d'ordre public face à l'arbitrabilité dans les droits de tradition germanique**

38. À l'instar du droit allemand (1), le concept d'ordre public en droit polonais existe surtout sous forme de l'exception d'ordre public (« *klausula porządku publicznego* », « *Vorbehaltssklausel* ») (2), le raisonnement juridique ne se référant que rarement au concept d'ordre public en droit interne.

### **1. En droit allemand**

39. La codification allemande du BGB n'a pas introduit la notion d'ordre public, la référence initiale à la notion de « *öffentliche Ordnung* » étant finalement éliminée du texte au profit de celle de « bonnes mœurs », qui permet d'inclure la plus grande partie des considérations tenant à l'ordre public. Cela s'explique par la position du législateur allemand qui, hostile aux clauses générales peu explicites, vise à la diminution de celles-ci<sup>398</sup>.
40. En principe, l'idée de « *öffentliche Ordnung* » est donc utilisée sous la forme de l'exception (« l'opposition ») d'ordre public – « *Vorbehaltssklausel* », « *Einwand* » –

---

<sup>396</sup> Cass. com., 9 avril 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 103, note Didier ; *D.* 2003, p. 1117, note Degos ; *JCP G* 2003, I, 2003, n° 2, obs. Seraglini ; *RTD com.*, 2003, p. 62, obs. Loquin. En l'espèce, le litige portait sur la nullité d'une société en participation dont l'acte constitutif comprenait une clause compromissoire admettant la résolution des litiges entre les associés. La cour d'appel a écarté le grief de nullité de la clause compromissoire. Pour répondre à la demande au pourvoi postulant la violation de l'ordre public par la cour d'appel et la nullité de la société, la Cour de cassation a décidé que l'ordre public n'a pas été violé et qu'il « appartient à l'arbitre, hors le cas ou la non-arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation ».

<sup>397</sup> CA Paris, 20 mars 2008, *Rev. arb.*, 2008, p. 341 : « l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige en relevant ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, l'arbitrabilité n'étant pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au litige ».

<sup>398</sup> En ce sens, O. Franco, *op. cit.*, n°s 111 – 113, pp. 80 et s.

en droit international privé. Selon l'art. 6 de l'Acte introductif au BGB<sup>399</sup>, une règle de droit étranger ne s'applique pas si son application aboutit à un résultat manifestement incompatible avec les principes essentiels du droit allemand, surtout si la demande est incompatible avec les droits fondamentaux. De manière générale, cette clause est rarement mise en œuvre. En matière de procédure civile, elle joue un rôle encore moins important (voir l'art. 328 I n° 4 du ZPO)<sup>400</sup>. Par conséquent, même si, au plan terminologique, la notion allemande de « *öffentliche Ordnung* » constitue un synonyme de l'ordre public, et que celle-ci elle revêt un caractère protéiforme<sup>401</sup>, son emploi sous forme de « *Vorbehaltsklausel* » relève exclusivement, soit du domaine de droit international privé dans le sens général, soit de la procédure civile, au sein de laquelle seules la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères se rattachent à notre étude. En effet, dans le contexte du contrôle des sentences arbitrales étrangères, un certain parallèle existerait, selon un auteur, entre les critères de l'arbitrabilité objective et les critères d'ordre public, dans le sens que les deux phénomènes – c'est-à-dire la limitation de l'arbitrabilité et l'ordre public – s'inscrivent dans la logique de protection de l'intérêt public. Le même auteur souligne toutefois que, au plan de la substance, l'ordre public n'a rien à voir avec l'arbitrabilité<sup>402</sup>. Selon lui, alors que l'arbitrabilité reflète l'objectif de l'intérêt public à veiller sur l'exécution des dispositions matérielles impératives, dans le cadre de celui-ci, seules les règles de l'ordre public matériel, et non celles de l'ordre public procédural, constituent l'objet de la protection<sup>403</sup>. Il serait donc impossible de constater qu'une parallèle éventuelle entre la notion d'arbitrabilité et celle d'ordre public s'impose d'une manière évidente.

---

<sup>399</sup> *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EBGB), la loi du 18 août 1896, avec les modifications ultérieures.

<sup>400</sup> M. Reimann, J. Zekoll, *Introduction to German law*, CH Beck, München 2005, p. 338.

<sup>401</sup> L. Marx, *Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Peter Lang/ Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 1994, pp. 3 et s.

<sup>402</sup> L. Marx, *op. cit.*, p. 23. L'auteur s'appuie sur G. H. Roth, *Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Giesecking, Bielefeld 1967, p. 146.

<sup>403</sup> L. Marx, *op.cit.*, p. 23.

## 2. En droit polonais

41. La doctrine polonaise décrit rarement la notion d'arbitrabilité comme appartenement au phénomène d'ordre public<sup>404</sup>. En effet, le concept d'exception d'ordre public (« *klauszula porządku publicznego* ») a remplacé le terme employé antérieurement par le pLCPC, portant sur l'État de droit et les règles et conduites sociales (« *praworządność i zasady współżycia społecznego* »)<sup>405</sup>. De plus, malgré le fait que pendant la période de l'entre-deux-guerres la notion d'ordre public existait, elle n'était pas autonome, mais accompagnée par le terme de « bonnes mœurs »<sup>406</sup>. Actuellement, l'emploi du terme « bonnes mœurs » (l'art. 3 du pLCPC, l'art. 70<sup>5</sup>§1 du pLCc, l'art. 385<sup>2</sup> du pLCc) est limitée à l'obligation procédurale des parties (pLCPC) et aux principes du droit des contrats (pLCc). Pareillement, l'emploi de la notion d'exception d'ordre public reste limité à l'art. 1135§2 al. 1, l'art. 1135<sup>1</sup>§1 et 1135<sup>2</sup>§3 du pLCPC, dans le contexte de l'aide judiciaire, et à l'art. 1146§1 al. 7 du pLCPC, ainsi qu'à l'art. 1152 du pLCPC à l'égard de la reconnaissance et la procédure d'exéquatur des sentences et quant aux accords transactionnels étrangers. Le pLCPC traite l'incompatibilité avec l'ordre public de la République de Pologne comme motif de l'annulation de la sentence arbitrale (l'art. 1206§2 al. 2 du pLCPC), de refus de la reconnaissance ou de l'exéquatur de celle-ci ou d'un accord transactionnel conclus devant l'arbitre (l'art. 1214§ 3 al. 2 du pLCPC).
42. Par conséquent, bien que la transposition ne soit pas automatique<sup>407</sup>, la signification de l'ordre public dans le domaine de l'arbitrage se calque sur son sens dans le domaine du droit international privé<sup>408</sup>. Ainsi, la présence de l'exception d'ordre public dans la

---

<sup>404</sup> M. Łaszczuk, J. Szpara, « Postępowanie postarbitrażowe », In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, op. cit., s. 669.

<sup>405</sup> M. Zachariasiewicz, « Klauszula porządku publicznego, jako podstawa odmowy uznania lub wykonania orzeczenia sadu polubownego w polskim prawie arbitrażowym na tle prawnoporównawczym », *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 2010 (6), p. 87.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 87. En ce sens également R. Morek, *Mediacja i arbitraż. (...)*, op.cit., p. 266.

<sup>407</sup> En ce sens M. Zachariasiewicz, « Klauszula porządku publicznego (...) », op. cit., p. 88.

<sup>408</sup> L'art. 7 de la loi *Prawo prywatne międzynarodowe* prévoit la non-application de la loi étrangère si ses effets ont des résultats contraires aux principes de l'ordre public de la République de Pologne: « *Prawa obcego nie stosuje się, jeżeli jego stosowanie miałoby skutki sprzeczne z podstawowymi zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej* ».

procédure civile et dans le droit international privé se justifie par les mêmes motifs<sup>409</sup>, et les mécanismes de la reconnaissance et de l'exéquat des sentences arbitrales étrangères, qui font partie du Code de la procédure civile, ne se distinguent pas parmi les mécanismes de l'exception d'ordre public en droit international privé<sup>410</sup>. En ce sens, la définition de l'exception d'ordre public est largement décrite par la doctrine polonaise sous cette dernière acception<sup>411</sup>, et l'emploi de la notion d'ordre public ne s'éloigne pas de celles dans les autres ordres juridiques, les principes protégés par l'exception d'ordre public n'étant pas strictement identifiés avec des normes impératives, contrairement aux principes fondamentaux du droit dans le sens de l'État de droit<sup>412</sup>.

43. Dans ce contexte d'emploi limité du concept d'ordre public, c'est-à-dire apparaissant surtout sous forme de l'exception d'ordre public, ce concept joue-t-il un rôle en tant que critère d'arbitrabilité ? La doctrine polonaise se prononce sur ce sujet d'une manière très prudente, en posant le problème autrement. L'un des rares auteurs à aborder ce sujet soutient que le contenu de l'ordre public national se réfère « à un certain point » à l'arbitrabilité objective.<sup>413</sup> Selon cette approche, l'arbitrabilité serait

---

<sup>409</sup> Ł. Błaszczak, « Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego », *ADR*, 2008 (3), p. 5.

<sup>410</sup> En ce sens p. ex., A. W. Wiśniewski, « Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylenia wyroku sadu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego) », *ADR*, 2009 (2), p. 121.

<sup>411</sup> Cf., entre autres, T. Ereciński, *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, PWN, Warszawa 1981, p. 259; J. Gołaczyński, *Prawo prywatne międzynarodowe*, C. H. Beck, Warszawa 2003, p. 31; A. Mączyński, « Działanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa », In *Księga Jerzego Jodłowskiego, Proces i prawo*, Ossolineum, Wrocław/Warszawa 1989, pp. 157 et s. (l'exception d'ordre public dans le domaine du droit de la famille); M. Pazdan, *Prawo prywatne międzynarodowe*, PWN, Warszawa 1996, pp. 9 et s. M. Sośniak, *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, PWN, Warszawa 1961, p. 81 (le caractère changeant de l'ordre public); K. Zawada, « Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym postępowaniu cywilnym (na tle orzecznictwa Sadu Najwyższego w sprawach z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego) », *Nowe prawo*, 1979 (5), p. 78 (l'évaluation de la violation des principes de l'ordre juridique polonais); cf. également les références citées par M. Zachariasiewicz, « Klauzula porządku publicznego (...) », *op. cit.*, p. 83.

<sup>412</sup> M. Zachariasiewicz, « Klauzula porządku publicznego (...) », *op. cit.*, p. 90. L'auteur s'appuie sur l'ordonnance de la Cour suprême, SN, 29 novembre 2007, III CSK 176/07, *OSNC-ZD* 2008/2/55, *Biuletyn SN* 2008/3.

<sup>413</sup> Ł. Błaszczak, *Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego*, *op. cit.*, pp. 14 et s.

donc complémentaire de l'ordre public, la portée de cette première étant limitée par le champ de ce dernier<sup>414</sup>. Sachant qu'en droit polonais l'arbitrabilité constitue un motif d'annulation de la sentence arbitrale distinct de celui basé sur la contrariété avec l'ordre public (l'art. 1206§2 al. 1 du pLCPC) – distinction qui joue également dans le cas de la reconnaissance et de l'exequatur de la sentence arbitrale étrangère (l'art. 1214§3 al. 2 du pLCPC), la logique de cette approche rejoint celle de la Convention de New York, en confirmant le détachement de l'arbitrabilité de l'ordre public.

## ***Paragraphe 2. Les approches à l'arbitrabilité dans les pays de Common Law***

44. Comme nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, l'approche anglo-saxonne a retenu pendant longtemps une conception d'arbitrage comme voie alternative à la voie judiciaire, ne relevant pas de *public policy*<sup>415</sup>. L'inarbitrabilité en droits de Common Law est décrite, à cet égard, comme un phénomène où s'achève l'exercice de la liberté des parties et commence la mission publique du jugement<sup>416</sup>. L'étude des contours de l'arbitrabilité n'échappe donc pas à l'analyse de la cohésion des règles d'ordre public influençant l'autonomie du concept d'arbitrage, également dans le contexte international (A). Le concept même d'arbitrabilité dans la Common Law n'étant pas construit de la même façon que ses analogues fonctionnels dans la tradition continentale, la notion anglaise et américaine de l'arbitrabilité se focalisent sur la validité de la convention d'arbitrage<sup>417</sup>. En raison de l'étendue large de la notion de

---

<sup>414</sup> *Ibid.*, p. 15. L'auteur se réfère à l'opinion de Mme Rogużińska, v. U. Rogużińska, *Klauzula porządku publicznego w kontroli a posteriori orzeczeń międzynarodowego arbitrażu handlowego*, manuscrit non publié, Université de Wrocław 2005, pp. 29 et 32.

<sup>415</sup> Cet aspect est souligné dans la littérature anglophone, notamment par G. B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts (...)*, *op. cit.*, p. 993, « [m]any courts held that agreement to arbitrate were revocable at will, because they 'ousted courts of jurisdiction contrary to public policy' ». Le même aspect a été repris dans la littérature polonaise par A. Całus, *op. cit.*, p. 515.

<sup>416</sup> L. Shore, The United States' perspective on arbitrability, In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>417</sup> L'art. 6. 1 de l'*Arbitration Act* de 1996 prévoit : « (...) an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not). La section 1 de l'*Uniform Arbitration Act* de 1957, intitulée *Validity of Arbitration Agreement* prévoit : « A written agreement to submit any existing controversy to arbitration or a provision in a written contract to submit to arbitration any controversy thereafter arising between the parties is valid, enforceable and irrevocable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract. This

l'arbitrabilité, le champ d'application de la convention d'arbitrage est par conséquent perçu dans la tradition juridique anglo-saxonne comme critère *sui generis* de l'arbitrabilité *lato sensu*<sup>418</sup>. Le système de Common Law n'apporte pas, à cet égard, plus de précisions quant aux critères législatifs de l'arbitrabilité (B).

#### A. La notion de *public policy* en tant qu'obstacle relatif à l'arbitrage

45. Un concept existant dans les pays de Common Law, comparable à celui de l'ordre public en droit continental se réfère à l'idée de *public policy*<sup>419</sup>. Pourtant, tandis que les droits des pays continentaux tendent à mettre un accent particulier sur la fonction défensive de l'ordre public en tant que l'instrument en droit international privé, la jurisprudence des pays de Common Law paraît plus libérale quant à l'emploi de *public policy* comme mécanisme de protection des règles du for<sup>420</sup>. À cet égard, il existe toutefois des différences entre les visions anglaise et américaine de Common Law. Alors que le droit anglais était pendant longtemps plus défavorable au concept de l'autonomie de l'arbitrage par rapport au système judiciaire étatique que le droit aux États-Unis (1), actuellement c'est plutôt le droit américain qui paraît plus rigide quant à la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères, alors que son régime de l'arbitrabilité se libéralise. Par conséquent, le concept d'arbitrabilité est également plus explicite aux États-Unis tout en étant, en même temps, enracinée dans le concept de « juridiction » (2).

---

*act also applies to arbitration agreements between employers and employees or between their respective representatives [unless otherwise provided in the agreement] ».*

<sup>418</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, p. 960.

<sup>419</sup> Le concept de *public policy* ne doit pas être confondu avec celui de *public order*, qui se réfère à la sécurité publique.

<sup>420</sup> K. Murphy, *op. cit.*, p. 614; cf. également S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », In J. C. Betancourt (éd.), *Defining issues in international arbitration*, Oxford University Press, New York, 2016, p. 363; « *Under English law, thus, the private international law rule favouring the enforcement of a foreign award is in itself a rule of public policy* ».

## 1. En droit anglais

46. Étant un concept en majorité juridictionnel, la notion de *public policy* a lentement évolué vers une approche libérale. Ce libéralisme reste pourtant toujours contrasté avec l'emploi de *public policy* en droit interne, notamment dans la jurisprudence anglaise<sup>421</sup>. Alors que le concept en question est généralement conçu comme une politique publique poursuivie en matière sociale, environnementale, ou autre, importante du point de vue des intérêts de la communauté – ce qui fait penser aux droits appartenant à la famille romano-germanique en tant que mécanisme de contrôle du contrat au regard des normes jurisprudentielles, la *public policy* est accompagnée par un autre concept voisin – l'*illegality*<sup>422</sup>. Ce dernier, qui pourrait être comparée en droits de la famille germanique à la notion des bonnes mœurs, vise à combler les imprécisions du concept principal de *public policy*, décrit comme « *unruly horse* »<sup>423</sup>. Contrairement à celui-ci, le concept d'*illegality* est une notion plus large qui, toutefois, trouve sa source uniquement dans la loi. L'amalgame des concepts de *public policy* et d'*illegality* donne naissance à un ensemble de règles « d'ordre public » bien précis<sup>424</sup>. Par rapport à la notion d'ordre public en droit continental, la *public policy* possède par conséquent un caractère plus concret bien que leur fonction reste la même<sup>425</sup>. Cela ne signifie pas pourtant que le concept de *public policy* soit une notion rigide. Elle devrait davantage être conçue comme une règle générale de droit, soumise à la discrétion du juge. Selon M. Brekoulakis, une telle solution correspond actuellement à une approche mieux équilibrée de l'application d'ordre public<sup>426</sup>.

---

<sup>421</sup> En ce sens, S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », *op. cit.*, p. 359; « (...) *the private international law function of public policy differs from the ordinary function of public policy in English domestic law* ».

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 358.

<sup>423</sup> Comme présentée traditionnellement dans la doctrine anglophone, cf. *supra* Chapitre préliminaire.

<sup>424</sup> S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », *op. cit.*, p. 358.

<sup>425</sup> En ce sens, O. Franco, *op. cit.*, ° 120, p. 85.

<sup>426</sup> S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », *op. cit.*, p. 359: « (...) *it is a decision that will be taken on the basis of certain legal principles and with the benefit of jurisprudentially developed tests on public policy* ». L'auteur démontre l'évolution de la jurisprudence anglaise à partir de l'arrêt *Egerton c. Brownlow* (1853) 4 HL Cas 1 (qui illustre la flexibilité du concept de *public policy*), l'arrêt *Janson c. Driefontein Consolidation Mines* (1902) AC 484, 491 (concernant le concept plus cristallisé de *public policy*), jusqu'à l'arrêt *Tinsley c. Miligan* (1994), 1 AC 340 et *Gray*

47. La consolidation réfractaire, notamment en droit anglais, du concept de *public policy* était pendant longtemps l'obstacle à l'arbitrage, conçu comme un système autonome de résolution des litiges. Ainsi, la procédure de « *special case* » en droit anglais qui, créée par l'*Arbitration Act* de 1889, permettait aux parties ou au tribunal arbitral – pendant et après la procédure d'arbitrage – d'adresser aux juridictions nationales des questions sur l'interprétation de la convention d'arbitrage<sup>427</sup>. Une telle pratique agissait en défaveur de l'arbitrage, puisqu'elle relevait de la discrétion des cours étatiques et constituait une sorte de contrepartie pour la reconnaissance de la forme privée de résolution des litiges<sup>428</sup>. La réforme du droit de l'arbitrage en 1979 et le nouvel *Arbitration Act*, ayant pour but d'ouvrir la loi anglaise au commerce international, la procédure de « *special case* » a été supprimée, ce qui a déclenché une vive polémique dans les littératures anglaise et étrangère<sup>429</sup>. Comme le dit M. Carbonneau encore en 1984, « (...) le droit de l'arbitrage en Angleterre a été, et continue à être, nonobstant des avancées notables, le plus récalcitrant à une conception pleine et entière de l'arbitrage »<sup>430</sup>. Actuellement pourtant, malgré la longue tradition du droit anglais portant sur le contrôle de la conformité des décisions arbitrables avec la *public policy*, elle fait l'objet d'une application modérée. Comme le soutient un auteur dans le contexte de la reconnaissance des décisions arbitrales étrangères, « *malgré l'établissement, en 1999, d'une liste de transactions qui portent atteinte à l'ordre public et la référence à l'ordre public dans quatre décisions anglaises sous l'Arbitration Act de 1996, il n'a eu jusqu'à à présent aucun cas où un tribunal anglais aurait refusé de reconnaître une sentence étrangère pour des raisons de public policy*

---

c. *Thames Trains Ltd* (2009) 1 AC 1339, 1370 F (avec les concepts bien définis de *public policy*), cf. *ibid.*, pp. 356 – 359.

<sup>427</sup> T. E. Carbonneau, « Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *op. cit.*, p. 731.

<sup>428</sup> *Ibid.* Cf. Chapitre préliminaire.

<sup>429</sup> Cf., p. ex., A. Marshall, « The Arbitration Act 1979 », *Journal of Business Law*, 1979 (7), pp. 241-249; V. Triebel, D. G. F. Lange, « Reform des englischen Schiedsgerichtsrecht », *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1980 (8), pp. 616 – 624, cités par A. Calus, *op.cit.*, p. 519.

<sup>430</sup> E. Carbonneau, « Étude historique et comparée de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *op. cit.*, p. 742.



(...) »<sup>431</sup>. Ainsi, comme le précise M. Brekoulakis, il existe trois hypothèses relatives à la notion de *public policy*, en tant qu'obstacle à la reconnaissance des décisions arbitrales étrangères impliquant l'illicéité du contrat sous-jacent<sup>432</sup>. Premièrement, le fait que les arbitres considèrent l'illicéité du contrat comme dépourvue de pertinence à la lumière du droit applicable au fond, ne peut pas empêcher la non-reconnaissance de la sentence<sup>433</sup>. Deuxièmement, la violation de *public policy* touche aux principes essentiels des bonnes mœurs. Troisièmement la violation de *public policy* implique une activité illicite selon le droit anglais<sup>434</sup>. Les trois hypothèses constituent toutefois une exception par rapport à la règle favorable à la reconnaissance des sentences étrangères.

## 2. Aux États-Unis

48. S'agissant des tendances favorables à l'arbitrage, le potentiel du droit américain est manifeste. Tout d'abord, l'*imperium* de l'État s'exprime par la confiance envers l'acte public (*public act*), ce qui découle de la Constitution des États-Unis<sup>435</sup>. Une telle approche implique notamment une large reconnaissance, tant des décisions des cours étatiques que des tribunaux arbitraux<sup>436</sup>. Ensuite, malgré le fait que le concept de *public policy* se divise en ordre public interne (au niveau des États), international (au niveau fédéral) et transnational (*lex mercatoria*) par rapport au droit anglais, comme l'écrit M. Carbonneau, « *l'approche du législateur et du système judiciaire aux États-Unis se*

---

<sup>431</sup> L'opinion de J. Veeder, exprimée pendant le colloque « L'ordre public et l'arbitrage », Université de Dijon, 15 mars 2013, v. aussi S. Partida, « L'ordre public et l'arbitrage », Colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, *Cah. arb.*, 2013 (3), p. 757. M. Veeder se réfère notamment à la jurisprudence suivante : Court of Appeal (England and Wales), 12 mai 1999, *Westcare Investments Inc c. Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd*, [2000] QB 288, EWCA Civ 1401; Court of Appeal (England and Wales), 4 mars 1998, *Soleimany c. Soleimany*, EWCA Civ 285, 3 WLR 811 [1999] QB 785, [1998].

<sup>432</sup> S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », *op. cit.*, pp. 361-363.

<sup>433</sup> *Soleimany c. Soleimany*, *préc.*

<sup>434</sup> S. Brekoulakis, « Public Policy Rules in English Arbitration Law », *op. cit.*, p. 360. L'auteur cite la jurisprudence *Westcare* et *Soinco SACI c. Novokuznetsk Aluminium Plant*, *The Times*, 29 décembre 1997, *ibid.*, p. 360, notes n° 43 et 44.

<sup>435</sup> L'art. IV Section I de la Constitution des États-Unis prévoit : « *Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof* ».

<sup>436</sup> K. Youssef, *op. cit.*, pp. 53 et s.

*révèle être beaucoup plus souple, reflétant une évidente volonté de laisser l'arbitrage fonctionner de lui-même »*<sup>437</sup>. En ce sens, selon les dispositions de la Constitution des États-Unis de 17 septembre 1787, les États exerçaient la compétence législative pendant que le Congrès a été doté des compétences pour régler le commerce entre les États et avec l'Inde. La dualité des compétences ainsi comprise a également influencé la distribution des prérogatives dans le domaine de l'arbitrage, avec l'adoption, notamment, de lois étatiques en matière interne et de lois fédérales en matière internationale. Cependant, l'art. VI de la Constitution introduit la règle de suprématie du droit fédéral (*doctrine of preemption*), qui joue un rôle important lors de la procédure visant à contraindre à l'arbitrage (*motion et order to compel arbitration*)<sup>438</sup>. En effet, la convention d'arbitrage permettant de déposer une telle demande devant la cour publique (l'art. 2 du FAA), dans le cas du conflit entre la loi étatique et le FAA au sujet du caractère arbitral du litige, la cour en question statuera généralement, selon les textes fédéraux et, suivant la jurisprudence, au profit de l'arbitrabilité. À cet égard, l'inarbitrabilité constituera une exception (*state non-arbitrability*) qui, tant au niveau étatique qu'au fédéral, découle du monopole judiciaire public visant à protéger l'intérêt public<sup>439</sup>. Selon par M. J. Mustill et S. C. Boyd « (...) *the types of remedies which the arbitrator can award are limited by considerations of public policy and by the fact that he is appointed by the parties and not by the state (...). It would be wrong however, to draw from this any general rule that criminal, admiralty, family or company matters cannot be referred to arbitration (...)* »<sup>440</sup>. Selon la jurisprudence, « *it is necessary to consider in relation to the matters in dispute in each case whether they engage third party rights or represent an attempt to delegate to arbitrators a matter of public interest which could not be determined within the limitations of a private contractual process* »<sup>441</sup>.

---

<sup>437</sup> E. Carbonneau, « Étude historique et comparée de l'arbitrage (...) », *op. cit.*, p. 742.

<sup>438</sup> A. P. Regiec, « Zdatność arbitrażowa sporów w Stanach Zjednoczonych Ameryki », *ADR*, 2016, n° 2, p. 59.

<sup>439</sup> *Ibid.*, pp. 63 et s.

<sup>440</sup> M. J. Mustill, S. C. Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2 éd., Lexis, London 1989, p. 149.

<sup>441</sup> Court of Appeal (England and Wales), 21 juillet 2011, *Fulham Football Club (1987) Ltd c. Richards*, EWCA Civ 855, 2 WLR 108 [2012].

49. Pourtant, le domaine où l'ordre public peut bloquer l'arbitrage n'est pas disparu, mais il s'est déplacé, malgré la confiance mentionnée ci-dessous à *l'acte public*, vers le contrôle de la sentence arbitrale. C'est là où les rigidités du système de Common Law réapparaissent et que le libéralisme du droit américain par rapport à l'ordre public doit être relativisé.
50. Certes, la doctrine « *American Safety* »<sup>442</sup> a été combattue par celle de « *Second Look* »<sup>443</sup>. L'inarbitrabilité des litiges du droit public a été par conséquent remplacée par l'arbitrabilité des litiges antitrust en matière internationale. De même, l'arbitrabilité des droits issus d'une loi impérative a été confirmée, alors que l'assimilation de la renonciation à la justice étatique à la renonciation au droit litigieux a été remise en question<sup>444</sup>. En raison de l'approche libérale au niveau fédéral à l'égard des conventions d'arbitrage en matière commerciale internationale, une vision plus moderne de l'arbitrabilité s'est consolidée autour, notamment, des jurisprudences *Scherk c. Alberto-Culver Co.* de 1974 et *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* de 1985. Il s'agit toutefois d'une vision limitée au contexte international qui, par conséquent, nécessite une approche cas par cas du juge d'exequatur. D'un côté, l'arbitrage est dès lors doté d'une certaine confiance, puisque la contrariété de la sentence arbitrale avec le *public policy* du *for* n'implique pas, automatiquement, le refus de la décision. D'un autre côté, un tel contrôle semble affermi à cause de sa soumission à la politique fédérale concernant l'arbitrage. Finalement, l'effet de la

---

<sup>442</sup> Cf. Supreme Court of the United States, *Wilco c. Swan*, 346 U. S. 427.438 (1953) et United States Court of Appeals, Second Circuit, *American Safety Equipment Corp. c. J. P. Maguire & Co.*, 391 F. 2d 821. La jurisprudence *Wilco* confirme l'interdiction de renoncer aux droits issus du *Securities Act* de 1933 et du *Securities and Exchange Act* de 1934. De tels droits étaient traditionnellement inarbitrables jusqu'à la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis, *Scherk c. Alberto-Culver Co.* de 1974, 417 U. S. 506 (1974), qui a reconnu la validité des conventions d'arbitrage portant sur des litiges *antitrust* en matière internationale.

<sup>443</sup> La doctrine de « *Second Look* », introduite notamment par la jurisprudence *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, préc.*, reconnaît l'arbitrabilité des litiges indisponibles à la lumière d'une règle impérative (*statutory right*). En l'espèce, l'arrêt *Mitsubishi* confirme l'arbitrabilité des litiges *antitrust* en matière internationale.

<sup>444</sup> V. en ce sens V. Arcangeli, *op. cit.*, p. 372.

jurisprudence *Mitsubishi* a été étendu sur la matière interne<sup>445</sup> et la politique fédérale se libéralise successivement. Comme le dit G. Born : « *In contrast to a relatively expansive judicially-created nonarbitrability doctrine in the early 1970s, most categories of statutory (and other) claims are now treated as arbitrable by U. S. courts, and a claim will only be deemed nonarbitrable under the FAA's statutory regime where federal legislation expressly requires this result. This is particularly true in international context, but also increasingly applicable in domestic settings* »<sup>446</sup>.

## B. Le concept d'arbitrabilité indifférent à l'absence de critère d'arbitrabilité

51. Dans le contexte terminologique comparatif, l'apparition du terme « *arbitrability* » dans la littérature anglophone se rapporte surtout à des notions étrangères, notamment de « *Scheidsfähigkeit* » et d'« arbitrabilité ». La notion même d'arbitrabilité, bien que trouvant ses origines dans la langue anglaise (*arbitrability*), ne paraît pas excessivement utilisée dans la terminologie juridique, la doctrine et la jurisprudence anglaise<sup>447</sup>. Le droit américain emploie par contre des termes « *arbitrable* » ou « *non-arbitrable* », d'une manière plus fréquente<sup>448</sup>, bien que cela ne constitue pas une grande différence par rapport au droit anglais.
52. Cette approche a été résumée quant au droit anglais comme suit par M. J. Mustill et S. C. Boyd: « *English law has never arrived at a general theory for distinguishing those disputes which may be settled by arbitration from those which may not* »<sup>449</sup>. Selon nous, la conclusion qui en découle confirme l'absence de critère de l'arbitrabilité, dans le sens selon lequel l'envisagent les droits de tradition civiliste. Le manque de « formule » inscrite dans les textes de loi, ou découlant de la jurisprudence, ne nie pas l'existence

---

<sup>445</sup> Cf. United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 22 juillet 1988, *Kowalski c. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168, 57 USLW 2113, 1988-2 Trade Cases 68,173, 15 Media L. Rep. 2451.

<sup>446</sup> G. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, p. 969.

<sup>447</sup> Cf., entre autres, Lord Hacking, « Where we are now: Trends and Developments since the Arbitration Act (1997) », *Journal of International Arbitration*, 1985 (4), pp. 7-21; A. Samuel, « The 1979 Arbitration Act », *Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England*, 1985 (4), p. 53-80.

<sup>448</sup> A. Calus, *op. cit.*, p 515.

<sup>449</sup> M. J. Mustill, S. C. Boyd, *op. cit.*, p. 149.

du concept d'arbitrabilité. Certes, l'*Arbitration Act* de 1950<sup>450</sup> ne fait pas référence à l'arbitrabilité. Cependant, il vise la procédure de « *special case* », mentionnée ci-dessus. Ensuite, sous le régime de l'*Arbitration Act* de 1979, la notion d'arbitrabilité n'apparaît pas dans la doctrine<sup>451</sup>. En définitive, c'est parce que les parties elles-mêmes décident de soumettre la question à l'arbitrage, que le litige relève effectivement de la compétence de l'arbitre. En cas du désaccord, c'est donc au tribunal arbitral de déterminer quel est le contenu du contrat et s'il a été valablement formé<sup>452</sup>.

53. Dans le cadre de la présomption d'arbitrabilité, si, ni l'arbitrabilité, ni l'inarbitrabilité, ne sont précisées<sup>453</sup>, l'étendue des litiges arbitrables est délimitée par son lien avec la convention d'arbitrage, la validité de cette dernière étant la condition *sine qua non* et suffisante de l'arbitrabilité. La vision de la Common Law représente donc une inversion de la vision continentale. Alors que cette dernière envisage l'arbitrabilité comme l'une des conditions de validité de la convention d'arbitrage, ou la prémisse de la juridiction du tribunal arbitral, la première dote généralement un litige d'un attribut de l'arbitrabilité, une fois la convention d'arbitrage a été conclue<sup>454</sup>. Par conséquent, par rapport à la tradition de droit continental, la tendance favorable de la Common Law pour l'arbitrabilité est le signe plus général de son ouverture à l'arbitrage.

---

<sup>450</sup> Loi du 28 Juillet 1950, *Arbitration Act* 1950, Chapter 27 *An Act to consolidate the Arbitration Acts, 1889 to 1934*.

<sup>451</sup> V. en ce sens, A. Całus, *op. cit.*, p. 518 qui indique une exception dans le manuel de droit commercial de R. M. Goode, où l'auteur emploie le terme d'*arbitrability* en se référant aux compétences des arbitres en tant que condition de l'arbitrabilité. Cf. R. M. Goode, *Commercial Law*, Penguin, London 1982, p. 978: « *The issue must be within the arbitrator's competence* ».

<sup>452</sup> A. Całus, *op.cit.*, p.518.

<sup>453</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II (le modèle de présomption d'arbitrabilité de N. Bakic).

<sup>454</sup> Une telle vision de l'arbitrabilité se manifeste par un *test* d'arbitrabilité appliqué dans l'affaire : United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *Republic of Nicaragua c. Standard Fruit Co*, 937 F. 2d 469, 9<sup>th</sup> Cir. (1991), cité par A. Całus, *op. cit.*, p. 523 et G. B. Born, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 1007: « (...) *first, whether the parties entered into a contract ; second that the contract included an agreement to arbitrate disputes, and third, that the disputes covered by the arbitration agreement included those which are before the Court* ». Il apparaît, de plus, selon les analyses d'A. Całus, que l'expression « *before the Court* » ne se réfère pas aux catégories des litiges arbitrables, faisant obligatoirement partie d'une voie judiciaire, comme c'est le cas du droit allemand et polonais. Par exemple, en droit de l'arbitrage de l'état de New York, l'art. 7501 de *Civil Practice Law and Rules (CPLR)* prévoit l'exécution des conventions d'arbitrage « *without regard to the justiciable character of the controversy* », cf. A. Całus, *ibid.*, p. 522.

54. Bien que A. Redfern et M. Hunter aient présenté une lecture différente, selon laquelle la notion d'« *arbitrability* » apparaît dans un sens similaire à celui de la conception continentale, sa portée pouvant être synthétisée par l'expression « *types of disputes [that] may be resolved by arbitration* »<sup>455</sup>, de tels analyses sont concentrés sur des litiges « *capable of settlement by arbitration* » au sens de la Convention de New York et la loi type de la CNUDCI. En raison de la définition autonome de l'arbitrabilité dans ces actes, il faut par conséquent donner raison à L. Mistelis, pour qui la version anglo-saxonne de l'arbitrabilité ne reflète pas entièrement le concept germanique (conçu ici comme le concept généralement continental)<sup>456</sup>. Or, l'usage du terme *arbitrability* signifie que le phénomène de l'arbitrabilité constitue pour la doctrine des droits de Common Law une sorte de « paradigme » qui ne nécessite pas d'explications plus élaborées. Le phénomène concerne notamment la présomption d'arbitrabilité<sup>457</sup>.

---

<sup>455</sup> A. Redfern, M. Hunter, N. Blackaby, C. Partasides, *op. cit.*, pp.163-164.

<sup>456</sup> L. A Mistelis, « Is arbitrability a national or international law issue? », In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p.3.

<sup>457</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II et la doctrine anglophone, notamment J. R. Nelson, « Judge-Made Law and the Presumption of Arbitrability: David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd. », *op. cit.*, pp. 279-345; J. W. Stempel, « A Better Approach to Arbitrability », *op. cit.*, p. 1377 et s.; S. C. Bennett, « The Developing American Approach to Arbitrability », *op. cit.*, pp. 8-22; T. E. Carbonneau, F. Janson, « Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concept of Arbitrability », *op. cit.*, pp. 193-222.

## CHAPITRE II. LA DIVERSITÉ DES CRITÈRES D'ARBITRABILITÉ AU SEIN DES DROITS CIVILISTES

55. Le regard sur les litiges arbitrables dans les droits de tradition civiliste est centré sur les règles d'interprétation permettant l'arbitrabilité de ces litiges ou, au contraire, justifiant leur inarbitrabilité. L'étude de ses règles permettra de concrétiser nos analyses et d'observer l'application tangible des différents critères d'arbitrabilité au sein d'un ordre juridique donné.
56. La littérature comparée indique l'existence de trois modes fondamentaux pour déterminer le domaine de l'arbitrabilité au sein des ordres juridiques particuliers. Il s'agit, premièrement, de la méthode de qualification générale, deuxièmement, de la création des catalogues énumératifs comportant des exclusions et, troisièmement, d'une combinaison des deux. Traditionnellement, les critères utilisés pour l'application de la qualification générale sont, le plus souvent, la libre disponibilité des droits litigieux (en particulier en droit français et dans les ordres juridiques qu'il inspire)<sup>458</sup>, et la transigibilité (comme dans l'ancien droit allemand et le droit autrichien). Selon les comparatistes, ces critères généraux, dans toutes leurs variantes, sont toujours le critère dominant de l'arbitrabilité. Cependant, des tentatives visibles du changement apparaissent, en raison du manque de clarté de ces critères qui sont mal adaptés au commerce international et créent des incertitudes au plan juridique<sup>459</sup>.
57. Nous allons étudier tous les critères de qualification générale – la disponibilité (**Section I**), la transigibilité (**Section II**) et la patrimonialité du litige (**Section III**). L'ordre n'est pas adopté par hasard. Il n'est pas possible d'expliquer la nature de la transigibilité sans l'étude préalable de la disponibilité. Les caractéristiques du critère de patrimonialité ne peuvent pas être mises en avant sans l'étude des critères précédents.

---

<sup>458</sup> Ou – le cas échéant – l'aliénabilité des droits (indirectement dans les droits belge, suédois, finnois, roumain et israélien).

<sup>459</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, op. cit., p. 196-200.

58. La classification des règles d'arbitrabilité n'étant pas exhaustive, les mécanismes d'arbitrabilité peuvent être regroupés selon différents qualificatifs. De même, il peut arriver que certaines règles appartiennent à différents groupes en même temps<sup>460</sup>. En raison de l'intérêt particulier de notre étude pour l'analyse des critères d'arbitrabilité sous l'angle des ordres juridiques qui peuvent inspirer le droit polonais de l'arbitrage, nous allons nous concentrer surtout sur les règles qui caractérisent le mieux la problématique des droits polonais et français. Dans une certaine mesure, cette perspective illustre les différences entre la vision de l'arbitrabilité en droits romanistes et germaniques.

## SECTION I. LA LIBRE DISPONIBILITÉ DES DROITS LITIGIEUX

59. La notion de libre disponibilité des droits est le critère principal et référentiel de l'arbitrabilité. D'un côté, souvent employée comme critère direct de celle-ci, elle constitue, de l'autre, un objet de référence indirecte, utilisée par d'autres critères de l'arbitrabilité ou par la jurisprudence lors de l'analyse du caractère arbitral des litiges<sup>461</sup>. Malgré sa popularité et les efforts notamment de la doctrine française, elle

---

<sup>460</sup> Cf., p. ex., la classification de N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, pp. 220 – 232; C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, pp. 148 et s.; K. Sajko, *op. cit.*, pp. 966 et s., N. Bakic, *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>461</sup> La libre disponibilité des droits en tant que critère de l'arbitrabilité se retrouve également en droit suisse (matière interne), italien, néerlandais, portugais. En droit suisse et portugais, le critère de libre disponibilité était accompagné d'autres critères (v. la loi portugaise de 1986 sur l'arbitrage volontaire avant la réforme de 2011, et l'art. 5 du Concordat inter-cantonal suisse de 1969 avant la réforme de 1989). Dans les deux cas, les textes susmentionnés se réfèrent également, au-delà de la libre disponibilité, à la compétence exclusive d'une autorité étatique. À la lumière du droit suisse, le critère de la libre disponibilité constitue une condition préalable pour examiner, en deuxième lieu, l'existence éventuelle de la compétence exclusive. V. en ce sens W. Abdelgawad, *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, Paris 2001, n° 189, p. 103. Actuellement, le droit suisse de l'arbitrage applique toujours le critère de la libre disposition des droits pour déterminer l'arbitrabilité en matière interne, alors qu'en matière internationale, il applique le critère substantiel de la nature patrimoniale du litige. V. l'art. 177§1 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé de 1989, ci-après la LDIP, l'art. 354 du Code de la procédure civile de 2008, ci-après le sCPC. Cf. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section III. La référence à la compétence exclusive ne constitue plus un élément du critère de l'arbitrabilité, v. *supra* Chapitre préliminaire, Section II et *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II. À la lumière des analyses ultérieures, le caractère non-autonome du critère de la compétence exclusive explique la primauté de la libre disponibilité, V. *infra* Chapitre préliminaire, Section II.



reste difficile à cerner car elle est un concept à géométrie variable<sup>462</sup>. À cet égard, elle est comparable au concept d'ordre public auquel elle reste liée d'une façon complexe et avec lequel elle peut être confondue. En constituant une notion large, dépassant le contexte de l'arbitrage et concernant tant le droit substantiel ou le droit procédural que la mise en œuvre des règles de conflits à l'épreuve de la loi étrangère, la libre disponibilité se présente, également, comme un phénomène juridique qui indique l'étendue de la liberté des parties *lato sensu*.

60. En tant que critère d'arbitrabilité, la notion de libre disponibilité des droits est surtout présente en droit français, où elle apparaît déjà dans l'art. 1003 du Code de procédure civile napoléonien, étant ensuite reprise par le Code civil en 1972. En raison du lien direct qu'établit l'art. 2059 du frCPC entre l'arbitrabilité et la libre disponibilité des droits, l'analyse du concept de libre disponibilité à la lumière du droit français, menée largement en ce sens par la doctrine et la jurisprudence, paraît inévitable. La complexité de l'étude doctrinale française de la notion de libre disponibilité dans le contexte de l'arbitrage nous permettra donc de repérer les éléments cruciaux de cette notion, pour les utiliser ensuite pour l'étude des autres critères d'arbitrabilité (**Paragraphe 1**).
61. La notion de la libre disponibilité, au sens où elle intéresse notre démonstration, se réfère inévitablement tant au concept d'acte de disposition qu'au principe dispositif. Alors que, se liant d'une manière universelle à la notion de gestion du patrimoine<sup>463</sup>, l'acte de disposition situe le droit disponible, et dès lors l'objet arbitral du litige, dans le contexte du droit des biens tant matériels qu'immatériels, le principe dispositif, malgré son caractère quasi-universel sur le plan procédural, « *exprime une réalité différente selon le système juridique dans lequel il s'insère* »<sup>464</sup>. Le concept français de principe dispositif étant plus jeune que son équivalent en droits de tradition

---

<sup>462</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 92, p. 57; C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, n° 247, p. 142.

<sup>463</sup> J. Billefont, *op. cit.*, n° 78, p. 59. L'auteur se réfère à la définition de l'acte de disposition dans le *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, selon laquelle, l'acte de disposition constitue « *une opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou pour l'avenir (...)* ».

<sup>464</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 114, p. 72.

germanique<sup>465</sup>, il nous faudra également, pour compléter la démonstration, se référer à la portée du principe dispositif en droit polonais (« *zasada dyspozycyjności* »), qui, à l’instar du droit allemand (« *Dispositionsfreiheit* »), domine la réflexion sur la libre disponibilité, le rôle de cette dernière dans la détermination de l’arbitrabilité se réduisant aux références directes (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. En droit français***

62. L’art. 2059 du frCPC, applicable à l’arbitrage en matière interne, prévoit que toutes les personnes peuvent soumettre à l’arbitrage les droits dont elles ont la libre disposition. Malgré sa présence dans le texte de loi, la notion en question, en tant que critère de l’arbitrabilité en droit français, est surtout un concept doctrinal<sup>466</sup> qui s’exprime traditionnellement par la « *totale maîtrise* »<sup>467</sup>, la renonciation et, le cas échéant, l’aliénation des droits subjectifs<sup>468</sup>. Inversement, la définition classique de l’indisponibilité prévoit qu’« *un droit est indisponible lorsqu’il expose un lien direct avec les intérêts primordiaux de la société, la matière litigieuse relève de la compétence exclusive, le droit a un caractère éventuel ou démontre un caractère alimentaire* »<sup>469</sup>.
63. L’étude du concept de libre disponibilité sous l’angle de la géométrie variable, effectuée soigneusement par les auteurs français et francophones, démontre la complexité de la notion en question. Le concept ne couvre pas toutes les hypothèses de l’arbitrabilité. Par conséquent la libre disponibilité ne constitue pas un critère exclusif de l’arbitrabilité (A). Serait-il envisageable de requalifier certains des éléments de la définition de la libre disponibilité pour créer une approche plus flexible à l’arbitrabilité (B) ?

---

<sup>465</sup> *Ibid.*, n° 116, p. 73.

<sup>466</sup> V. également *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>467</sup> P. Level, *op. cit.*, n° 7.

<sup>468</sup> J.-B. Racine, *L’arbitrage commercial international et l’ordre public*, *op. cit.*, n° 67.

<sup>469</sup> P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994, pp. 279 et s.

## A. La lecture classique de la libre disponibilité

64. La géométrie variable de la notion de libre disponibilité peut être illustrée soit par un continuum soit par une matrice. Dans la première hypothèse, proposée par P. Level, les objets potentiels de l'arbitrage sont regroupés par « blocs » – d'abord les « *droits totalement et définitivement indisponibles* » (notamment l'état et la capacité), ensuite les « *droits partiellement disponibles* » (par exemple les droits pécuniaires nés du droit patrimonial de la famille) et les « *droits indisponibles à l'état de droit éventuel et disponibles à l'état de droit né et actuel* » (par exemple les droits résultant de la relation de travail)<sup>470</sup>. À cet égard, l'indisponibilité est un concept relatif<sup>471</sup>.
65. Selon la deuxième hypothèse, il serait envisageable de présenter la disponibilité d'un droit à l'aide de deux facteurs – la nature du litige et la durée de l'obstacle imposée à l'arbitrabilité dans le temps<sup>472</sup>. Suivant cette logique, les droits extrapatrimoniaux seraient généralement définitivement indisponibles (les droits hors commerce juridique comme les droits de la personnalité), tandis que ceux soumis à l'ordre public de protection deviendraient disponibles, et pourraient faire l'objet d'une renonciation, une fois le droit acquis, notamment après la naissance du litige (comme les litiges en droit du travail). De tels droits seraient frappés par une indisponibilité temporaire.
66. Aucune de ces approches n'est satisfaisante. La première remet en question la stabilité du critère analysé<sup>473</sup>. Admettre que la libre disponibilité constitue une notion « graduelle », signifie-t-il également que l'arbitrabilité peut être absolue ou relative, un litige pouvant être par conséquent « partiellement arbitral » ? Un tel raisonnement serait contraire, à titre d'exemple, à l'interprétation de la Convention de New York.

---

<sup>470</sup> P. Level, *op. cit.*, n° 11, p. 222.

<sup>471</sup> *Ibid.*, n° 11, p. 222.

<sup>472</sup> V. en ce sens Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 105, p. 114. Les auteurs évoquent l'exemple des droits patrimoniaux d'un salarié qui sont indisponibles pendant la durée du contrat de travail. De tels droits ne sont pas régis au fond par des règles d'ordre public, mais, pour protéger le salarié contre un abus éventuel de l'employeur, en raison de sa position, ils restent temporairement indisponibles jusqu'à la cessation du contrat de travail.

<sup>473</sup> S'exprime également en ce sens Gr. Loiseau, cité par Mme B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 184, p. 112.

Quant à elle, la deuxième approche ignore la différence entre l'ordre public substantiel de fond, et l'ordre public juridictionnel (sous la forme de l'ordre public de protection) en tant qu'obstacle à l'arbitrabilité. En réalité, c'est la confusion entre l'indisponibilité et les règles d'ordre public applicables au fond qui fait aussi l'objet de débats sur l'utilité de l'art. 2060 du frCc à l'égard de l'art. 2059 du frCc<sup>474</sup>. Certes, il existe parfois une coïncidence entre les deux : « *certaines droits protégés par un ordre public de fond, bénéficient au surplus d'une protection par un ordre public 'juridictionnel' qui interdit, définitivement ou temporairement, le recours à l'arbitrage à leur égard* »<sup>475</sup>. Pourtant, le critère de la libre disponibilité conçu à travers les droits subjectifs, comme décrit ci-dessus, devrait être jugé insuffisant puisque l'arbitrage peut être autorisé en dépit de l'applicabilité de l'ordre public au fond du litige. Pour B. Fauvarque-Cosson, la distinction entre l'ordre public et la libre disponibilité est telle que « *l'indisponibilité porte sur des droits issus d'une situation juridique et l'ordre public sur des règles de droit* »<sup>476</sup>. Pareillement, selon J. Billemont, c'est une règle d'ordre public juridictionnel, qui, contrairement à la règle de l'ordre public du fond, délimite le domaine de l'arbitrage<sup>477</sup>.

## **B. La lecture modifiée de la libre disponibilité**

67. Il a été montré à plusieurs reprises que la libre disponibilité des droits en tant que critère d'arbitrabilité ne renvoie pas à l'ordre public de fond. C'est notamment le concept d'ordre public juridictionnel, dans le sens de l'ordre public de protection, qui définit le domaine des litiges arbitrables. À cet égard, la géométrie variable de la notion de libre disponibilité indique que le critère en question, dans le sens où il porte sur les droits subjectifs, n'est pas suffisant pour définir l'arbitrabilité<sup>478</sup>. Dans le contexte de l'ordre public juridictionnel, c'est par conséquent par la notion de protection des intérêts que

---

<sup>474</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II.

<sup>475</sup> En ce sens, Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 106, p. 116.

<sup>476</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 184, p. 112

<sup>477</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 81, p. 61.

<sup>478</sup> En ce sens, *ibid.*

la doctrine vise à joindre les concepts de libre disponibilité et d'arbitrabilité<sup>479</sup>. Traditionnellement, les auteurs se referaient dans ce but au concept de la renonciation, comme c'est notamment le cas de l'approche élaborée par Mme B. Fauvarque-Cosson<sup>480</sup> (1). De manière plus récente, ce sont la flexibilité du critère de libre disponibilité et la substitution de la règle de compétence en faveur de l'arbitrage à l'objet traditionnel de la disponibilité (le droit subjectif), qui enracinent la recherche en question (2).

### ***1. La renonciation en tant qu'indicateur du caractère disponible d'un droit***

68. En droit français, la libre disponibilité se traduit par le concept de renonciation qui signifiait originellement une protestation contre la loi<sup>481</sup> pour gagner ensuite un caractère plutôt abdiquatif quant aux prérogatives individuelles<sup>482</sup>. La renonciation à un droit subjectif acquis se référait, à cet égard, à sa forme la plus stricte. Outre les prérogatives individuelles, la renonciation peut porter également sur les droits objectifs (résultant de l'écartement du système de droit dans les sens du droit international privé)<sup>483</sup>. Par conséquent, en raison de l'étendue large du champ des renonciations, Mme Fauvarque-Cosson se pose la question de savoir si elles s'appliquent à toutes les règles de droit<sup>484</sup>. C'est également la question relative au domaine des droits disponibles qui paraît se résoudre à travers l'étude de la licéité des renonciations. Bien que la complexité du concept des renonciations soit plus élevée en droit français que dans les droits d'origine germanique, et dernier nous paraît contribuer plus clairement à l'explication du rôle de l'ordre public dans l'étude de l'arbitrabilité que celle faite à travers la lecture classique de la libre disponibilité.

---

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...), op. cit.*, n<sup>os</sup> 187 et s., pp. 113 et s.

<sup>481</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 188, p. 113.

<sup>482</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 188, p. 114.

<sup>483</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 187, p. 113, n<sup>os</sup> 190 et s., pp. 115 et s.

<sup>484</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 190, p. 115.

69. Notamment, en droit français, la différence est faite entre les règles édictées dans l'intérêt public et celles visant l'intérêt privé. Les premières interdisent la renonciation parce que, soit, elles visent « *la protection de l'État, de la famille et de la morale* »<sup>485</sup>, soit, elles sont de nature extrapatrimoniale dans la mesure où elles restent « *attachées à une personne* »<sup>486</sup> ou qu'elles s'expriment par l'ordre public de direction. Les deuxièmes peuvent en revanche autoriser une renonciation, puisqu'elles portent sur l'ordre public de protection. Comme l'argumente B. Fauvarque-Cosson, l'ordre public ayant pour objectif de veiller sur l'intérêt général dans la première hypothèse, les droits ne peuvent pas faire l'objet de renonciation, même s'ils sont acquis et de nature patrimoniale. Dans la deuxième hypothèse, une telle possibilité existe pour les droits patrimoniaux et acquis, puisque leur titulaire est capable de les exercer<sup>487</sup>. Il en résulte alors, selon ledit auteur, que « *ce qui compte, c'est la nature des droits qui naissent de la situation juridique* »<sup>488</sup> de l'auteur de la renonciation. Celle-ci, étant régie par l'impératif de police, le droit en cause sera indisponible par sa nature et sa finalité. S'il s'agit par contre de l'impératif de protection, le droit pourrait être disponible, même s'il est d'ordre public.

## **2. La libre disponibilité en tant que critère autonome de l'arbitrabilité**

70. Une vision plus dynamique de la libre disponibilité, moins centrée sur l'enracinement de l'inarbitrabilité dans les règles d'ordre public, a été récemment apportée à la doctrine française par C. A. Arrue Montenegro (a) et L. Posocco (b). Ces conceptions, qui ont une vocation universelle, sont de ce fait prédestinées à être utilisées dans les études de droit comparé. Elles proposent une lecture nouvelle du critère de libre disponibilité, dont la base se trouve notamment dans l'approche mentionnée ci-dessus du concept de renonciation.

---

<sup>485</sup> « *L'ordre public politique* », cf. *ibid*, n° 19, p. 117.

<sup>486</sup> *Ibid.*, n° 196, p. 118 avec les références citées.

<sup>487</sup> *Ibid.*, n° 202, p. 122.

<sup>488</sup> B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, n° 182, p. 111.

a. La libre disponibilité en tant que critère in concreto de l'arbitrabilité

71. Comme dans la théorie de la renonciation, l'approche de la libre disponibilité chez M. Arrue Monténégro met l'accent sur les intérêts en tant qu'objets de celle-ci<sup>489</sup>. Par conséquent, on parle plutôt des intérêts disponibles que des droits ou des matières disponibles, ces dernières notions renvoyant inévitablement aux insuffisances mentionnées ci-dessus de la lecture classique de la libre disponibilité, en raison de sa géométrie variable. À cet égard, le raisonnement en termes de matières serait, notamment, trop « *global* » et pas assez détaillé<sup>490</sup>, alors que l'argumentation en termes de droits risquerait d'être « *trop dogmatique et très impraticable* »<sup>491</sup>. Par contre, le raisonnement en termes d'intérêts, eu égard à leur caractère téléologique, vise à déterminer le vrai contenu d'un intérêt disponible parce que, en adoptant la méthode au cas par cas, il dévoile « *le moteur de l'action, suivant les prétentions des parties* »<sup>492</sup>.
72. L'explication d'un phénomène par le concept d'intérêt mène à la construction d'une notion floue, soumise aux « *variations dans le temps et dans l'espace* »<sup>493</sup>, résultant de « *l'évolution socio-économique de l'État* »<sup>494</sup>. Une telle approche, appliquée à la libre disponibilité paraît en effet cohérente avec la nature de celle-ci, la notion en question étant enracinée dans l'ordre juridique du for. M. Arrue Montenegro estime qu'il s'agit ainsi d'une solution législative favorable à l'arbitrage, effective du point de vue de l'économie de la politique juridique étatique, et comparable à celle utilisée dans la matière internationale<sup>495</sup>. La solution paraît en même temps favorable à l'arbitrabilité *stricto sensu* puisqu'elle crée une présomption d'arbitrabilité en tant que règle d'interprétation jurisprudentielle<sup>496</sup>. L'adoption de l'approche *in concreto*, quoique

---

<sup>489</sup> V. C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, n° 252, p. 145.

<sup>490</sup> *Ibid.*, n° 249, p. 143

<sup>491</sup> *Ibid.*, n° 249, p. 144.

<sup>492</sup> *Ibid.*, n° 252, p. 145.

<sup>493</sup> *Ibid.*, n° 252, p. 145.

<sup>494</sup> *Ibid.*, n° 255, p. 147, avec les références citées.

<sup>495</sup> *Ibid.*, n° 257, p. 148.

<sup>496</sup> *Ibid.*, n° 258, p. 148. Cf. également *infra* la proposition de N. Bakic, portant sur la présomption d'arbitrabilité : Partie I, Titre II, Chapitre II, Section II.

convaincante dans l'optique favorable à l'arbitrage, condamne l'approche *in abstracto* de l'arbitrabilité. Cette dernière, contrairement au système d'évaluation jurisprudentielle de l'arbitrabilité, semble en effet, selon C. Arrue-Montenegro, constituer un système « *purement législatif* », nécessitant l'intervention du législateur à chaque changement de la réalité socio-juridique<sup>497</sup>. Toutefois, comme nous allons le voir plus loin, à l'occasion de l'étude de la notion de transigibilité<sup>498</sup>, l'efficacité de l'approche au cas par cas de l'arbitrabilité des litiges peut être efficace dans certains ordres juridiques, comme en France. Quant aux droits plus enracinés dans les textes de loi que dans les concepts jurisprudentiels, où l'arbitrage international joue un rôle moins important, il peut s'avérer, finalement, qu'un facteur libéralisant les contours de l'arbitrabilité se trouve plutôt dans l'approche *in abstracto*.

*b. La libre disponibilité en tant que règle procédurale*

73. Une autre vision de la libre disponibilité des droits, en tant que critère d'arbitrabilité, est relevée par L. Posocco<sup>499</sup>. Prenant pour point de départ l'hypothèse critique adressée à la lecture traditionnelle de l'arbitrabilité, qui se fonde sur la qualification du rapport substantiel et de renonciation aux droits subjectifs, cet auteur propose d'abandonner toutes les explications de l'inarbitrabilité, constituant des corrélations entre celle-ci et d'autres phénomènes. En ce sens, sont notamment condamnés – l'inarbitrabilité par nature de la matière, l'ordre public et l'extrapatrimonialité, classés comme des « *fondements exogènes d'inarbitrabilité* »<sup>500</sup>. À ce groupe, l'auteur paraît également ajouter la compétence exclusive, interprétée, comme décrit ci-dessus, comme un résultat de l'organisation judiciaire<sup>501</sup>.
74. Admettant qu'il n'est pas possible de renoncer aux droits subjectifs issus du rapport substantiel, il serait, selon M. Posocco, erroné de constater l'inarbitrabilité dans toutes

---

<sup>497</sup> *Ibid.*, n° 257, p. 148.

<sup>498</sup> V. *infra*, la section suivante.

<sup>499</sup> L. Posocco, « L'inarbitrabilité des litiges », *Gazette du Palais*, 28 décembre 2013, n° 362, p. 4.

<sup>500</sup> *Ibid.*, n° 362, p. 4

<sup>501</sup> V. *supra* Chapitre préliminaire, Section II.



les situations dans lesquelles une telle renonciation n'est pas envisageable. En revanche, l'auteur en question propose d'élaborer une justification procédurale de l'inarbitrabilité. Or, dès lors que le concept de libre disponibilité ne porte pas sur le droit substantiel mais se réfère à la règle de compétence favorable à la cour étatique, une telle règle est disponible et le recours à l'arbitrage devient possible<sup>502</sup>. L'indisponibilité résulterait par contre soit du monopole de la justice publique (comme en droit pénal), soit des considérations économiques veillant sur un bon déroulement de la procédure et à l'accès au juge, comme c'est le cas des entreprises en difficultés où en droit de la consommation<sup>503</sup>. Le fait que l'indisponibilité constitue une notion procédurale, serait au surplus confirmé, selon L. Posocco, par le fait que le texte de l'art. 2059 du frCc se trouvait jusqu'à 1972 à l'art. 1003 du frCPC<sup>504</sup>.

75. Alors qu'il nous semble pleinement justifié de remettre en question l'explication de l'inarbitrabilité fondée sur une corrélation, le lien causal au fondement de cette corrélation n'étant pas certain, serait-il possible de concevoir la libre disponibilité des droits dans un contexte procédural ? Une telle approche apporterait-elle une piste nouvelle d'analyse ?
76. D'un côté, dans un sens général, la libre disponibilité des droits en droit français échappe davantage au contexte procédural. Notamment, à la lumière du droit français, le principe dispositif est un concept jeune, comparé à son équivalent dans les droits germaniques. Il a été popularisé en France en matière civile et commerciale par H. Motulsky à peine dans les années 60<sup>505</sup>. Selon Mme Fauvarque-Cosson, la notion de libre disponibilité est à cet égard autonome par rapport à celle du principe dispositif dans la mesure où la première est irréductible à la seconde<sup>506</sup>. Le domaine d'emploi de la libre disponibilité est en même temps plus large. Premièrement, comme l'explique cet auteur « *le principe dispositif ne suppose pas que les parties aient la libre*

---

<sup>502</sup> En ce sens, L. Posocco, « L'inarbitrabilité des litiges », *op. cit.*, p. 4.

<sup>503</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>504</sup> *Ibid.*, n° 9, p. 4.

<sup>505</sup> V. l'analyse de l'apport doctrinal de H. Motulsky chez B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 116, p. 73.

<sup>506</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 115, p. 73; n° 118, pp. 74 et s.

*disposition de leurs droits* »<sup>507</sup>, à tel point que « *les effets de la libre disponibilité [dépassent] ceux attribués en principe dispositif* »<sup>508</sup>. Deuxièmement, la libre disponibilité intervient déjà, avant le déroulement du procès pour tracer les limites de la liberté des parties, en permettant de mettre à l'écart les droits de différentes natures – d'ordre public procédural, matériel et conflictuel<sup>509</sup>. Au sens que lui donne l'arbitrage pour définir les litiges arbitrables, la libre disponibilité ne peut pas être identifiée au principe dispositif au sens strict, sous l'angle du droit procédural.

77. D'un autre côté, le fait que la libre disponibilité constitue un concept plus large que le principe dispositif, au sens strictement procédural, n'exclut pas la possibilité de la concevoir sous l'angle de la règle de compétence et des « intérêts prédominants »<sup>510</sup>. C'est en effet une approche pratique qui s'inscrit, d'une part, dans la logique d'explication du critère de compétence exclusive en termes de choix d'organisation juridictionnelle, comme le voulait M. Jarrosson<sup>511</sup>. D'autre part, cette approche répond aux exigences d'efficacité procédurale de l'arbitrage et au principe d'accès effectif au juge<sup>512</sup>. Cependant, au niveau conceptuel l'approche de la libre disponibilité des droits, dans un contexte procédural, constitue un point de départ approprié pour l'étude comparative entre la libre disponibilité en droit français et son *alter ego* en droit polonais, dans lequel il paraît s'enraciner davantage en tant que principe dispositif.

## ***Paragraphe 2. En droit polonais***

78. La recherche du concept de libre disponibilité en droit polonais constitue à la fois une tâche difficile et, dans une certaine mesure, une démarche paradoxale. D'un côté, dans ce droit, le concept de libre disponibilité n'est pas, à l'instar du droit allemand,

---

<sup>507</sup> *Ibid.*

<sup>508</sup> *Ibid.*

<sup>509</sup> *Ibid.*, n° 119, p. 75; n° 152, p. 93.

<sup>510</sup> L. Posocco, « L'inarbitrabilité des litiges », *op. cit.*, p. 4. L'auteur utilise le terme emprunté à P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », *Rev. arb.*, 2001, p. 269.

<sup>511</sup> C. Jarrosson, *op. cit.*, p. 5; V. *supra* Chapitre préliminaire.

<sup>512</sup> V., *infra* Partie II et l'étude des différents domaines du droit.

entièrement irréductible au principe dispositif (A). De l'autre, il constitue un point de référence stable quant aux litiges arbitrables, malgré l'application d'autres critères d'arbitrabilité (B).

#### **A. L'autonomie partielle de la disponibilité des droits par rapport au principe dispositif**

79. En droit polonais, comme ailleurs, le principe d'autonomie de la volonté et le principe de la liberté contractuelle qui en découle, constituent la base du droit matériel, dont la continuation en droit procédural est illustrée par le principe dispositif et le principe du procès contradictoire<sup>513</sup>. À l'instar de la notion de *Dispositionsfreiheit* qui, par le biais de la doctrine allemande, a fortement inspiré le droit polonais<sup>514</sup>, la disposition des droits se manifeste surtout par l'indication, au sens large, du degré d'appartenance du procès aux parties. Pourtant, malgré une vision comparable de l'acte de disposition en droit polonais et en droit français (1), les différences de conceptualisation de la libre disponibilité, à l'égard du principe dispositif en droit polonais, doivent être mises en exergue (2).

##### ***1. L'aliénabilité en tant que critère non révélateur de l'arbitrabilité***

80. S'agissant de l'acte de disposition en droit français, décrit ci-dessus, le droit polonais part du même principe. Il est question de la gestion du patrimoine et, dès lors, de la disponibilité de l'objet du litige dans le contexte du droit des biens concernant tant les choses matérielles qu'immatérielles. L'indication des droits disponibles dans le sens purement substantiel n'est pas pourtant automatique et fait appel au concept d'aliénabilité, comme c'est le cas, par exemple, en droit belge<sup>515</sup>. Selon l'art. 57 §1 du

---

<sup>513</sup> R. Flejszar, *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, C. H. Beck, Warszawa 2016, p. 7 avec les références citées, not. S. Grzybowski, *System prawa cywilnego*, t 1., *Część ogólna*, Ossolineum, Wrocław 1974, pp. 46 et s., A. Janiak, In A. Kidyba (éd.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t 1., *Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, pp. 294-296.

<sup>514</sup> V. R. Flejszar, « Wyłączenie zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa cywilnego materialnego poprzez czynności dyspozycyjne stron w procesie cywilnym », In P. Kostański, P. Podrecki, T. Targosz (éd.), *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*, Wolters Kluwer, Polska 2017, p. 1.

<sup>515</sup> Dans la doctrine belge, cf. G. Keutgen i G.-A. Dal, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. 1. *Le droit belge*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 106. La référence au concept d'aliénabilité existe également

plCc, le droit d'aliéner (« *zbywalność* ») détermine la possibilité du transfert du pouvoir de disposer d'un droit subjectif<sup>516</sup>. À cet égard, il est possible de disposer de la majorité des droits patrimoniaux, à l'exception de ceux pour lesquels la loi en dispose autrement (p. ex. l'usufruit)<sup>517</sup>. Comme le précisent les commentateurs du Code civil, les droits extrapatrimoniaux auraient dans le même contexte un caractère non-aliénable « *par la force de nature* », à l'instar du droit à la protection des biens personnels, des droits de l'état civil, des droits extrapatrimoniaux inter-familiaux et de la propriété intellectuelle<sup>518</sup>. Alors que l'exclusion générale des droits extrapatrimoniaux du domaine aliénable ne choque pas, bien qu'il existe des exceptions (p. ex. la protection des biens personnels est disponible et peut faire l'objet d'une renonciation), le fait que l'aliénabilité puisse être limitée par une disposition spéciale dans le domaine des litiges patrimoniaux restreint l'étendue des litiges arbitrables. Sachant que, en droit polonais, les litiges portant sur l'action en constatation d'un droit sont arbitrables comme en droit allemand<sup>519</sup>, pourquoi considérer comme inarbitrable un litige concernant, à titre d'exemple, l'établissement d'un droit d'usufruit ? Une telle limitation dévoile en effet un contexte spécifique de l'aliénabilité, visant notamment le droit de propriété et étant difficilement applicable au contexte extrapatrimonial. Par conséquent, il nous paraît justifié de conclure que l'aliénabilité en droit polonais répond, en principe, au domaine des droits disponibles, dans le sens où tous les droits patrimoniaux sont aliénables, et la majorité des droits aliénables constituent des droits patrimoniaux. Par contre, le

---

dans la doctrine française, cf. P. Level, *op. cit.*, n°7. À cet égard, P. Level attribue le même rôle tant à l'aliénabilité qu'à la renonciation. C'est toutefois le concept de renonciations qui retient l'attention de la doctrine, comme indiqué *supra*, ce qui n'est pas le cas en droit polonais.

<sup>516</sup> L'art. 57§1 du plCc prévoit qu'il n'est pas possible d'exclure ou limiter, par un acte juridique, le pouvoir de transférer, changer, grever ou annuler un droit aliénable selon un texte de loi : « *Nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia prawa, jeżeli według ustawy prawo to jest zbywalne* ».

<sup>517</sup> P. Nazaruk, Art. 57, In J. Ciszewski (éd.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa, 2014, n° 2.

<sup>518</sup> *Ibid.*

<sup>519</sup> En droit allemand, « *Gestaltungsklage* » est arbitral, comme c'est le cas pour chaque type de prétention, not. pour « *Unterlassungsklage* » et « *Widerrufsklage* », cf. R. Trittman, F. K. Hanefeld, §1030 Arbitrability, In K-H. Böckstiegel, S. M. Kröll, P. Nacimiento (éd.) *Arbitration in Germany. The Model Law in practice*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, n° 9, p. 98. De la même manière, sont arbitrales en droit polonais toutes les prétentions et les prérogatives pouvant constituer l'objet d'une action en justice, cf. A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II. *Komentarz do art. 506-1217*, C.H. Beck, Warszawa 2012, p. 1649.

critère d'aliénabilité, en raison de son étroitesse, ne contribue pas vraiment à cerner les contours de l'arbitrabilité.

## 2. *L'enracinement de la libre disponibilité dans le principe dispositif*

81. Alors que, comme l'explique Mme Fauvarque-Cosson à l'égard de l'étude du lien entre le principe dispositif et la libre disponibilité en droit français, celle-ci est irréductible à celui-là<sup>520</sup>, une séparation absolue du concept de la libre disponibilité et du principe dispositif ne semble pas être absolue en droit polonais. Même si, à la lumière du droit et de la doctrine française, B. Fauvarque-Cosson arrive à la conclusion que, « *lorsqu'en vertu du principe dispositif le juge doit statuer dans les limites fixées par les conclusions des parties, il importe peu que le litige concerne des droits disponibles ou indisponibles* »<sup>521</sup>, sa constatation qui suit, selon laquelle « *(...) en dépit d'une racine terminologie commune, la condition de libre disponibilité ne s'identifie pas au principe dispositif puisque celui-ci joue, quelle que soit la nature des droits litigieux*<sup>522</sup> », ne peut pas être formulée avec le même degré de certitude ce qui concerne le droit polonais. En effet, au-delà de structure terminologique, la libre disponibilité des droits et le principe dispositif semblent avoir les mêmes origines.
82. Premièrement, l'enracinement, tant du principe dispositif que de la libre disponibilité dans les droits subjectifs, présente la même force dans les deux cas. À cet égard, la libre disponibilité des droits et ses conséquences résultent des droits subjectifs en droit civil. La renonciation constitue ici une forme extrême de la libre disposition, comme, par exemple, accepter la violation d'un droit<sup>523</sup>. Deuxièmement, à l'argument de la doctrine française selon lequel la libre disponibilité, « *loin de s'identifier au principe dispositif, (...) intervient à un stade ultérieur, afin d'étendre la liberté des parties, non pas quant à la conduite de l'instance, mais quant à l'application (...) des règles de*

---

<sup>520</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, op.cit, n°188, p. 74.

<sup>521</sup> *Ibid.*, n° 118, p. 75.

<sup>522</sup> *Ibid.*

<sup>523</sup> R. Flejszar, A. Oklejak, *Zasada dyspozycyjności w postępowaniu przed sądem polubownym*, ADR 2011, 4 (16), pp. 38 et 41.

*droit concernées au litige* », la doctrine germanique répond en distinguant les concepts de disposition formelle et matérielle. Cette dernière, correspondant à une conception plus étroite, porte strictement sur la disposition de l'objet du litige (la prétention dans le sens du droit civil)<sup>524</sup>. Troisièmement, c'est dans le contexte du principe dispositif que les auteurs polonais ont essayé de classer les droits disponibles. Cela s'est réalisé notamment à l'égard des limitations de la liberté contractuelle, sous la forme d'obstacles imposés aux actes juridiques. Parmi les typologies ainsi conçues, il nous paraît opportun d'évoquer celle de S. Grzybowski<sup>525</sup>, selon laquelle le premier groupe de limitations (*numerus clausus*) porte sur les droits patrimoniaux ou sur les droits subjectifs non-patrimoniaux (dans le domaine du droit de la famille et de la succession), découle des dispositions impératives ou demeure lié aux obligations imposées aux autres personnes. Le deuxième groupe de limitations résulte des dispositions impératives du droit des obligations, dans l'hypothèse où le législateur ne reconnaît pas les résultats juridiques de l'exclusion par les parties de certaines dispositions, entraînant la nullité de l'acte juridique ou le remplacement des certaines clauses par des stipulations conformes au droit. Les limitations du troisième groupe découlent de la politique de l'État dans le domaine des relations sociales et économiques<sup>526</sup>.

83. Eu égard finalement à l'inexistence d'un concept précis et autonome de la libre disponibilité en droit polonais, une certaine corrélation entre la logique du principe dispositif et le caractère disponible des droits semble inévitable. La relation entre le droit substantiel et le droit procédural implique en effet le respect par ce dernier de certains principes. Le principe dispositif, selon lequel les parties peuvent librement disposer des droits privés dans le procès, constitue l'un de ces principes qui s'expriment par la disposition du rapport juridique matériel<sup>527</sup>. Comme l'a jugé la Cour suprême, en indiquant la piste de vérification de l'arbitrabilité du litige portant sur l'établissement de l'existence de la relation juridique résultant d'une convention atteinte de nullité,

---

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 41. Les auteurs se réfèrent aux études classiques d'E. Wasikowski et W. Siedlecki.

<sup>525</sup> R. Flejszar, *op. cit.*, p. 19 L'auteur s'appuie sur les travaux de S. Grzybowski, *op. cit.*, p. 469.

<sup>526</sup> Actuellement, cette typologie est illustrée par l'art. 353<sup>1</sup> du pCC en connexion avec l'art. 58 § 1 du pCC.

<sup>527</sup> R. Flejszar, *op. cit.*, pp. 193 et s. citant F. K. Fierich, *Przewodnie zasady procesu cywilnego*. Wykład, Wydawnictwo TBSP UJ, Kraków 1911, pp. 11 et s.

c'est notamment la libre disponibilité de la relation juridique concernée par l'acte juridique qui constitue une caractéristique décisive pour constater l'arbitrabilité du litige<sup>528</sup>. La disponibilité des litiges n'est pas donc entièrement séparée de la logique du principe dispositif dans le droit polonais de l'arbitrage.

## **B. La libre disponibilité en tant que critère indirecte de l'arbitrabilité**

84. Historiquement, une forme de la libre disponibilité des droits servait en tant que critère de l'arbitrabilité. L'art. 486 de l'ancien pCPC de 1930/1932 permettait aux parties, dans les limites de leur capacité à s'obliger (« *zdolność do samozobowiązania się* ») de conclure un contrat d'arbitrage. L'art. 697 du pCPC de la Pologne socialiste a maintenu ce critère qui a finalement été remplacé par le critère de transigibilité en 2005.
85. La doctrine polonaise de l'entre-deux-guerres mettait l'accent sur le caractère squelettique, quoique potentiellement libéral, de cette solution, en soutenant qu'un tel critère ne pouvait pas satisfaire les besoins de la pratique<sup>529</sup>. Une vraie difficulté liée au critère en question repose pourtant sur le risque de la confusion entre l'arbitrabilité objective et subjective. Le critère polonais était notamment associé de façon erronée à la capacité d'exercice<sup>530</sup>. C'est uniquement sous l'angle de l'analyse fonctionnelle de la notion de « capacité à s'obliger » que la libre disponibilité de l'objet litigieux prévaut sur son aspect subjectif<sup>531</sup>. À cet égard, il serait en effet difficile de distinguer la « capacité à s'obliger » en droit polonais du concept de la libre disponibilité des droits en droit français<sup>532</sup>. Il n'en demeure pas moins que la confusion éventuelle reflète l'esprit de l'époque, que l'on retrouve également dans l'ancienne approche de la capacité subjective de compromettre en droit français<sup>533</sup>. Cette dernière associait la

---

<sup>528</sup> SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, OSNC 2006/9/142.

<sup>529</sup> T. Ereciński, *Postępowania rozpoznawcze*, In T. Ereciński (éd), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz.*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa, 2005, pp. 380-384.

<sup>530</sup> *Ibid.*, pp. 380 et s. (*pełna zdolność do czynności prawnych*, pl.).

<sup>531</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, n°3, p. 193.

<sup>532</sup> *Ibid.*, pp. 200-202.

<sup>533</sup> J. Billemont, *op. cit.*, note n°165, p. 60. B. Fauvarque-Cosson évoque également l'étude de M. D. Veaux, selon lequel l'art. 2059 du frCc porte sur « *la capacité de conclure des conventions d'arbitrage (...)* ». C'est l'un des rares exemples dans la doctrine française, où la libre disponibilité renvoie à

libre disposition des droits à la capacité de jouissance des droits, comme décrit par le législateur français à l'art. 1003 du frCPC de 1806<sup>534</sup>. Dans cette perspective, la capacité subjective de compromettre constituerait, dans le contexte de l'arbitrabilité, une version antérieure du critère de la libre disponibilité des droits, employée en dehors du domaine de la convention d'arbitrage<sup>535</sup>.

86. La référence indirecte à la libre disponibilité des droits s'exprime pourtant, comme décrit ci-dessous, à travers le critère de l'arbitrabilité en vigueur – la transigibilité<sup>536</sup>. Le seul fait que le concept de transigibilité, résultant des théories « processuelle » et de « disposition objective » d'origine germanique, lesquelles exigent une autorisation procédurale pour disposer d'un droit à conclure une transaction, et le contrôle « objectif » du juge étatique sur l'étendue de la disposition des droits par les parties devant l'arbitre, confirme l'enracinement de la transigibilité dans le concept de disponibilité<sup>537</sup>. À titre d'exemple, c'est notamment le cas de la transigibilité des litiges portant sur la nullité des décisions des organes de sociétés de capitaux, qui n'est pas reconnue en raison de l'indisponibilité des droits des parties au litige<sup>538</sup>. La doctrine polonaise précise également que l'accord transactionnel ne peut pas être conclu dans le cadre de litiges non disponibles – comme ceux portant sur l'annulation du mariage, le divorce, la séparation de corps ou l'établissement de la filiation<sup>539</sup>. Malgré l'absence d'exclusion expresse de cette matière du domaine arbitral, la pratique et la doctrine ne lui attribuent pas un caractère disponible, dont il résulte le caractère intransigible, donc inarbitral, de celle-ci.

---

l'arbitrabilité subjective, au lieu d'évoquer directement l'arbitrabilité objective, B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...), op. cit.*, note 5, n° 161, p. 99.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>535</sup> *Ibid.*, n°79, p. 60.

<sup>536</sup> V. la section suivante. Cf. également la Partie II.

<sup>537</sup> Cf. la section suivante. La théorie processuelle de la transigibilité élaborée par la doctrine allemande prévoit une autorisation procédurale à disposer d'un droit à la conclusion de la transaction. La disponibilité de l'objet de litige, issue d'une relation juridique, pourrait, à cet égard, être limitée uniquement par un intérêt procédural de l'État. Selon la théorie de disponibilité objective, l'intransigibilité d'un litige est limitée aux dispositions « objectivement » indisponibles, ce qui est confirmé par le juge de l'exequatur et résulte de l'objectif de l'État portant sur la protection des principes de droit.

<sup>538</sup> V. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>539</sup> V. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II.



## SECTION II. LA TRANSIGIBILITÉ

87. Le concept polonais de la transigibilité, adopté en 2005, « en retard » par rapport aux modèles allemand et autrichien précédant les réformes de 1998 et 2006, renvoie, comme discuté ci-dessus, en tant que critère d'arbitrabilité, aux droits dont les parties ont la libre disponibilité<sup>540</sup>. Par conséquent, la question qui se pose est de savoir à quel point ce critère polonais est différent de celui proposé en droit français, et dans quelle mesure ce critère constitue une notion cohérente, au moins dans le contexte du droit polonais.
88. Ayant démontré que la libre disponibilité peut être traitée en tant que critère indirect de l'arbitrabilité en droit polonais de l'arbitrage, il convient de s'attarder pour l'instant sur l'analyse de la transigibilité. En d'autres termes, il convient de se demander si la transigibilité ajoute des observations nouvelles à l'étude des critères d'arbitrabilité en Pologne. La complexité du problème et les nombreuses différences du contexte juridique déjà abordées à plusieurs reprises, quant aux droits polonais et français, rendent cette réflexion clairement indispensable.
89. La transigibilité, comme la disponibilité des droits, constitue une règle de qualification générale de l'arbitrabilité. Elle est présente surtout dans les ordres juridiques du cercle des droits germaniques, à l'instar du droit polonais (**Paragraphe 1**). Elle fait pourtant l'objet de critiques au sein des différents ordres juridiques, qui s'étendent au-delà de ceux influencés par le droit allemand (**Paragraphe 2**).

### *Paragraphe 1. Dans les législations appartenant à la famille des droits germaniques*

90. Le critère de transigibilité a été adopté en droit polonais en 2005, suivant le modèle issu des droits germaniques (*Vergleichsfähigkeit*<sup>541</sup>). À cet égard, le choix du législateur

---

<sup>540</sup> V. *supra* la section précédente.

<sup>541</sup> Cf. l'art. 1025 §1 du ZPO dans sa version antérieure à la réforme 1998, qui assimilait le critère de transigibilité avec l'arbitrabilité objective « *Die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einer oder mehrere Scheidsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche*

polonais est enraciné dans les doctrines allemande et autrichienne, qui ont proposé trois approches théoriques de la notion en question : la théorie matérielle, la théorie processuelle et la théorie de disponibilité objective (**A**)<sup>542</sup>. La conception polonaise de la transigibilité, malgré son aspiration à un critère abstrait, n'a toutefois pas réussi à intégrer suffisamment les éléments du droit substantiel et procédural pour élaborer un concept cohérent (**B**).

## A. L'évolution du concept de transigibilité

91. La doctrine allemande illustre l'évolution successive de la réflexion sur la transigibilité. Tout d'abord, la théorie matérielle, qui est la plus ancienne, prévoyait que la transaction portant sur l'objet de litige doit être conforme à toutes les dispositions de droit matériel, pour qu'un litige puisse être arbitrable et pour que l'efficacité de la convention d'arbitrage puisse être reconnue<sup>543</sup>. Par conséquent, selon la théorie matérielle, toutes les normes matérielles en vigueur, possédant un caractère impératif, constituent un obstacle potentiel à l'arbitrabilité<sup>544</sup>. Ensuite, la théorie

---

*Wirkung, als die Parteien berechtigt sind über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen* ». Actuellement l'art. 1030§1 du ZPO prévoit le critère de transigibilité uniquement dans le cas des litiges extrapatrimoniaux, des litiges patrimoniaux étant présumés arbitrables. De la même manière, en droit autrichien, l'art. 577 du Code de procédure civile autrichien (ci-après l'auZPO) dans sa rédaction antérieure à la réforme de 2006, assimilait le critère de transigibilité avec l'arbitrabilité objective. Dans sa version actuelle, l'art. 582 al. 1 de l'auZPO prévoit désormais que le critère de transigibilité trouve à s'appliquer uniquement dans le cas des litiges extrapatrimoniaux, des litiges patrimoniaux étant présumés arbitrables.

<sup>542</sup> Cf. U. Voit, *Die objective Schiedsfähigkeit nach Österreichischem Recht*, thèse de doctorat non publiée, Universität Wien, Wien, 9 avril 2009, pp. 48-57; D. Paczoska, « Zdatność arbitrażowa w prawie niemieckim i szwajcarskim. Analiza prawnoporównawcza », *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*, 2010 (7), pp. 69-90.

<sup>543</sup> BGH, 4 juillet 1951, II ZR 117/50, cf *supra* Chapitre préliminaire, Section I.

<sup>544</sup> À titre d'exemple, cf. D. Paczoska, *op. cit.*, p. 77. L'auteur met l'accent sur le paradoxe des litiges portant sur une convention contraire aux bonnes mœurs, qui serait intransigible selon la théorie matérielle. Selon cette approche un litige portant, par exemple, sur le remboursement d'un prêt, convenu en faveur des intérêts excessifs, serait intransigible. Comme le soutient D. Paczoska à juste titre, un litige portant sur un prêt pourrait être néanmoins arbitrable puisqu'il porte sur des prétentions pécuniaires et n'est pas dépourvu de cet attribut du seul fait que les intérêts sont élevés. L'objet d'un tel litige pourrait d'ailleurs ignorer le montant des intérêts. Les critères indiqués par la théorie matérielle paraissant, à cet égard, excessivement rigides et ne sont pas cohérents en pratique. Par conséquent, il n'est pas surprenant que la théorie matérielle ait été soumise dans les années 1980 à de nombreuses critiques. La doctrine a finalement déclaré explicitement que la théorie matérielle de la transigibilité est fautive, même à la lumière de l'adoption de la nature matérielle de la convention d'arbitrage. V. entre autres, les références citées par D. Paczoska: R. Bork, « Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 al. 1 du ZPO) », *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1987 (100), pp. 249 et s.; K.H.

processuelle de la transigibilité, qui succède à la théorie matérielle, prévoit une autorisation procédurale pour disposer d'un droit à un accord transactionnel qui peut être conclu à la lumière des règles substantielles<sup>545</sup>. La disponibilité de l'objet de litige, issue d'une relation juridique, pourrait être limitée uniquement par un intérêt procédural de l'État<sup>546</sup>. S'agissant enfin de la théorie de disponibilité objective, cette dernière, englobe, dans une certaine mesure, les deux théories précédentes, en prenant en considération les normes du droit matériel et en limitant la transigibilité par un monopole légitime de l'État dans le cas de certains litiges<sup>547</sup>. Selon la théorie de disponibilité objective, l'intransigibilité d'un litige est limitée et résulte de l'objectif de l'État portant sur la protection des principes de droit, le monopole étatique étant fondé sur les normes de droit substantiel. Par contre, la contrariété d'un accord avec les dispositions de droit matériel ne mène plus à l'intransigibilité d'un litige. Le contrôle *ex post* du juge étatique lors de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale assure, à cet égard, une vérification suffisante et « objective » de l'application correcte des dispositions impératives<sup>548</sup>. En effet, selon la théorie de la disponibilité objective qui a été renforcée par la jurisprudence<sup>549</sup>, l'arbitrabilité pouvait être admise même pour la majorité des litiges extrapatrimoniaux, à la lumière des dispositions du ZPO dans leur ancienne version (avant 1998), sauf pour ceux soumis à

---

Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, C.H. Beck, München 1979, p. 23; M. Lehmann, *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftlicher Streitigkeiten als transnationales Rechtsprinzip*, Nomos, Baden-Baden 2003, p. 98.

<sup>545</sup> U. Kornmeier, « Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefähigung — Überlegungen zur Auslegung des Merkmals „Vergleich“ in § 1025 al. 1 du ZPO », *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1981 (94), pp. 27 et s., cité par D. Paczoska, *op. cit.*, p. 77.

<sup>546</sup> Cela pourrait avoir lieu dans le cas des normes impératives prévoyant une procédure spéciale devant une juridiction étatique, dans le cas d'un litige découlant d'une relation juridique prévoyant la compétence d'une juridiction spécialisée (par exemple, le tribunal chargé de la tenue des registres) ou dans le cas d'un différend ayant un lien direct avec la délivrance d'un acte par une autorité étatique désignée par la loi, cf. D. Paczoska, *op. cit.*, p. 78. Cette approche a été toutefois critiquée en raison de caractère accessoire du droit procédural par rapport au droit substantiel, une justification des dispositions du droit procédural à l'origine de l'intérêt exclusif de l'État étant difficilement acceptable, v. R. Bork, *op. cit.*, pp. 249 et s., également cité par Mme Paczoska, *op. cit.*, p. 78.

<sup>547</sup> D. Paczoska, *op. cit.*, pp. 78 et s. L'auteur cite R. Bork, *op. cit.*, pp. 249 et s.

<sup>548</sup> D. Paczoska, *op. cit.*, pp. 78 et s.

<sup>549</sup> V. BGH, 29 mars 1996, II ZR 124/95, NJW 1996, p. 1753 et BGH, 6 avril 2009, II ZR 255/08, NJ 2009, p. 1962 ; la notion d'arbitrabilité doit être interprétée *sensu largo*.

la compétence exclusive des tribunaux étatiques eu égard à leur dimension d'intérêt général, comme le statut des époux ou des enfants<sup>550</sup>.

92. D'une manière similaire, en droit autrichien, les éléments substantiels et les éléments procéduraux se chevauchent à travers les trois théories susmentionnées quant à l'interprétation de la notion de transigibilité, et la même dichotomie « procédurale-substantielle » est appliquée à la recherche du caractère de la convention d'arbitrage<sup>551</sup>. La jurisprudence antérieure à la réforme de 2006 étant passée d'une interprétation procédurale à une interprétation matérielle de la transigibilité<sup>552</sup>, les limites de l'arbitrabilité issues de l'impérativité des normes matérielles allaient pourtant à l'encontre des tendances favorables à l'arbitrage. Par conséquent, juste avant ladite réforme, la jurisprudence a penché vers le caractère plutôt procédural de la transigibilité, malgré la valeur matérielle de la transaction, ce qui parût cohérent avec le caractère procédural, attribué finalement à la convention d'arbitrage<sup>553</sup>.

---

<sup>550</sup> R. Trittman, F. K. Hanefeld, « §1030 Arbitrability », In K-H. Böckstiegel, S. M. Kröll, P. Nacimiento (éd.) *Arbitration in Germany. The Model Law in practice*, op. cit., n° 11, p. 99.

<sup>551</sup> U. Voit, op. cit., p. 57.

<sup>552</sup> OGH, 14 août 1993, *Österreichische Juristenzeitung* 1993, p. 636f.

<sup>553</sup> U. Voit, op. cit., p. 55. L'auteur cite l'arrêt d'OGH, 7 novembre 2002, *Juristische Blätter* 2003, p. 327.

## B. L'appréciation de la transigibilité en droit polonais

93. Aux termes de l'art. 1157 du pLCPC, dans sa version antérieure à la réforme de 2019, « *[s]auf indication contraire, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage les différends concernant les droits patrimoniaux ou extra- patrimoniaux qui peuvent faire l'objet d'une transaction, à l'exception des litiges portant sur la pension alimentaire* ». Une telle formulation, qui a perduré pendant quinze ans, était révélatrice de l'ambiguïté d'une double nature de la notion de transigibilité, en tant que critère de l'arbitrabilité, c'est-à-dire rédactionnelle sur le point formel, et sémantique, en ce qui concerne la nature même de transaction (1). Eu égard au manque de clarté du critère de transaction, la délimitation des litiges arbitrables *in concreto*, par laquelle un arbitre ou, le cas échéant, un juge peut se laisser tenter, est jugé négativement, à l'instar de la doctrine allemande actuelle<sup>554</sup>. L'application du critère de transigibilité au litige se fait donc, au moins théoriquement, d'une manière abstraite. Une telle technique de détermination des litiges arbitrables, constitue-t-elle un instrument effectif d'interprétation juridique (2) ?

### 1. La « double ambiguïté » de l'art. 1157 du pLCPC

94. Tout d'abord, l'art. 1157 du pLCPC, dans sa version antérieure à 2019, souffre d'une ambiguïté rédactionnelle. Comme mentionné ci-dessus<sup>555</sup> à propos de cette rédaction équivoque de l'art. 1157 du pLCPC, l'application du critère de transaction, tant aux droits patrimoniaux qu'aux droits extrapatrimoniaux, n'est pas certaine. Notamment, la position ambiguë du tiret dans le texte mentionné ci-dessus a divisé la doctrine entre les auteurs « plus » et « moins » libéraux. Ainsi, les auteurs, partisans d'une approche libérale, ont revendiqué l'arbitrabilité illimitée des litiges portant sur les droits patrimoniaux. Les autres optaient pour l'interprétation selon laquelle le critère de transigibilité s'appliquerait à la fois aux droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux<sup>556</sup>.

---

<sup>554</sup> R. Kos, « *Zdatność arbitrażowa sporów a ważność uchwał spółek kapitałowych* », *PPH*, 2014 (3), p. 33.

<sup>555</sup> V. *supra*, Introduction.

<sup>556</sup> V. not. A. Zieliński, *Kodeks postępowania cywilnego*, t. II, *Komentarz do art. 506–1217*, C. H. Beck, Warszawa 2006, pp. 1359; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (art. 183<sup>1</sup> – 183<sup>15</sup>, 1154-1217 KPC)*

Pourtant, l'analyse du processus législatif, l'étude des documents sonores de la réunion de la sous-commission de la Commission de codification du droit civil du 2 mars 2005, l'interprétation du débat concernant la disposition de l'art. 1157 du pLCPC et l'interprétation historique du droit polonais de l'arbitrage, suggèrent que la nature restrictive du critère de transigibilité concerne tant les droits patrimoniaux que les droits non-patrimoniaux<sup>557</sup>.

35. Depuis la refome du pLCPC de 2019<sup>558</sup>, l'article 1157 du pLCPC prévoit que : « *Sauf indication contraire, les parties peuvent soumettre à l'arbitrage les différends concernant : 1) les droits patrimoniaux à l'exception des litiges portant sur la pension alimentaire, 2) les droits extrapatrimoniaux, s'ils peuvent faire l'objet d'une transaction* ». Le législateur polonais a donc précisé la portée de la transigibilité en tant que critère de l'arbitrabilité, qui a été retenu que pour les litiges extrapatrimoniaux.
95. Toutefois, inchangée reste la question de l'ambiguïté du concept juridique de la transaction résultant de l'absence de définition univoque de cette notion qui, au surplus, est visée dans différents textes de droit polonais, dans le Code civil et le Code de procédure civile. Au regard de la vision procédurale de l'arbitrage, il convient de se reporter, d'abord, à l'art. 10 du pLCPC qui emploie une formule large, faisant référence aux « *litiges sur lesquels il est possible de transiger* »<sup>559</sup>. À la lumière de cet art., dans les litiges où la conclusion d'un accord transactionnel est acceptable, le juge cherche à chaque étape de l'instance à les régler à l'amiable, notamment en exhortant les parties à la médiation. L'admissibilité de la transaction est analysée selon la jurisprudence<sup>560</sup>

---

Komentarz, CH Beck, Warszawa 2006, p. 115 (illustrant la position libérale) et G. Suliński, « Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego », *PPH* 2005, n°12; P. Bielarczyk, « Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego », *MP* 2005, annexe au n° 22 (s'agissant de la position conservatrice).

<sup>557</sup> A.W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrażowa », In A. Szumański (éd.), *Arbitraż handlowy, op. cit.*, p. 234.

<sup>558</sup> V. *supra*, l' Introduction.

<sup>559</sup> L'art. 10 du pLCPC prévoit que « [W] sprawach, w których zawarcie ugody jest dopuszczalne, sąd dąży w każdym stanie postępowania do ich ugodowego załatwienia, w szczególności przez nakłanianie stron do mediacji ».

<sup>560</sup> Cf. SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*; SA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *LEX* n° 2171133. L'arbitrabilité est par contre examinée, selon cette jurisprudence, d'une manière abstraite et détachée de l'analyse de l'admissibilité de la transaction, v. *infra* le point suivant.

à la lumière de l'art. 203§4 et l'art 223§2 du pICPC<sup>561</sup>. Pourtant, en l'absence de clarification jurisprudentielle plus poussée, la doctrine interprète l'art. 10 du pICPC comme visant les litiges portant sur des matières dont les parties ont la libre disposition<sup>562</sup>. Plus précisément, il est admis que l'intransigibilité découle des situations où, en vertu du droit matériel polonais, le rapport de droit en cause, ou les prétentions qui en résultent, ne relèvent pas de la libre disposition des parties, ou y sont partiellement soustraites<sup>563</sup>. Concernant ensuite les conditions de droit matériel<sup>564</sup>, l'art. 917 du pICc, en connexion avec l'art. 58 du pICc, dispose que les matières, pour lesquelles il est possible de transiger, sont celles sur lesquelles les parties peuvent faire des concessions réciproques<sup>565</sup>. En effet, pouvant être illustrées par les renonciations,

---

<sup>561</sup> L'art. 203§4 du pICPC prévoit que le juge peut statuer sur l'inadmissibilité du retrait de l'action, de la renonciation ou la limitation de la prétention, seulement si les conditions du litige indiquent que de telles actions sont contraires au droit, aux relations sociales ou visent à contourner le droit. « *Sąd może uznać za niedopuszczalne cofnięcie pozwu, zrzeczenie się lub ograniczenie roszczenia tylko wtedy, gdy okoliczności sprawy wskazują, że wymienione czynności są sprzeczne z prawem lub zasadami współżycia społecznego albo zmierzają do obejścia prawa* ». L'art. 223§2 du pICPC oblige le juge à inciter les parties à la conciliation et fixe les conditions formelles de l'accord transactionnel: « *Przewodniczący powinien we właściwej chwili skłaniać strony do pojednania, zwłaszcza na pierwszym posiedzeniu, po wstępnym wyjaśnieniu stanowiska stron. Osnowę ugody zawartej przed sądem wciąga się do protokołu rozprawy albo zamieszcza w odrębnym dokumencie stanowiącym część protokołu i stwierdza podpisami stron. Niemożność podpisania ugody sąd stwierdza w protokole* ».

<sup>562</sup> La jurisprudence se limite surtout à évoquer la notion de l'accord transactionnel. Cf. SN, 21 janvier 1931, III 1 Rw 1931/30, *Przegląd Prawa i Administracji* 1931, pos. 150 (la convention d'arbitrage est efficace à la condition que les parties soient capables à transiger sur l'objet du litige); SN, 2 décembre 2009, I CSK 120/09, *LEX* n° 584183 (un litige patrimonial, étant à la disposition des parties, peut constituer l'objet d'une transaction et peut dès lors être soumis à l'arbitrage); SN, 21 mai 2010, II CSK 670/2009, *OSNC* 2010/12/170 (des litiges arbitrables doivent pouvoir constituer l'objet d'une transaction judiciaire. La règle s'applique tant aux droits patrimoniaux qu'extra-patrimoniaux, ces litiges pouvant concerner une demande de prestation, la détermination d'une relation juridique ou d'un droit, la création d'un rapport juridique); SN, 18 juin 2010, V CSK 434/09, *LEX* n° 738365 (l'arbitrabilité est admise quand les parties peuvent, d'une manière autonome, également par voie de transaction, mettre fin à leur litige); SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*; SN, 19 avril 2012, IV CSK 443/11, *LEX* n° 1228680 (seuls les litiges transigibles sont arbitrables); SA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *préc.* (la transigibilité, en tant que critère de l'arbitrabilité des litiges, a la même signification que la « capacité à s'obliger » dans l'art. 697§1 du pICPC, dans sa version antérieure à la réforme de 2005).

<sup>563</sup> En ce sens, T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis, Warszawa 2008, p. 120; T. Ereciński, « Zdatność arbitrażowa (art. 1157 KPC) », In P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczubut, A. Szumański, A. Tynel (éd.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, C. H. Beck, Warszawa 2008, p. 9.

<sup>564</sup> Cf. SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*; SA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *préc.*

<sup>565</sup> L'art. 917 du pICc prévoit que, par voie de transaction, les parties réalisent mutuellement des concessions réciproques quant à la relation juridique existant entre elles, pour surmonter l'incertitude concernant les prétentions découlant de cette relation, pour assurer leur réalisation ou pour surmonter

comme celles décrites ci-dessus en droit français<sup>566</sup>, ces dernières constituent surtout une sorte de compromis entre les parties<sup>567</sup>. Toutefois, il n'existe guère, d'indications supplémentaires en doctrine, ou dans la jurisprudence, sur la notion de transaction ou sur le champ des matières dans lesquelles il est possible de transiger<sup>568</sup>.

## 2. La transigibilité en tant que règle abstraite d'arbitrabilité

96. Les règles du contrôle abstrait, comme celles inscrites dans le critère de transigibilité, restent, contrairement aux règles concrètes, indifférentes par rapport aux singularités de l'espèce, l'objet de litige étant examiné comme représentant un certain groupe. La soumission du litige à l'arbitrage peut donc être exclue *ex ante*, indépendamment du résultat de l'examen éventuel du fond du litige (ou plus simplement indépendamment de l'issue du litige quant au fond). Ces règles étant de nature générale, l'appréciation de leur efficacité, quant à la soumission des différends à l'arbitrage, n'est pas aisée.

---

un différend existant ou potentiel : « *Przez ugodę strony czynią sobie wzajemne ustępstwa w zakresie istniejącego między nimi stosunku prawnego w tym celu, aby uchylić niepewność, co do roszczeń wynikających z tego stosunku lub zapewnić ich wykonanie albo by uchylić spór istniejący lub mogący powstać* ».

<sup>566</sup> La référence aux renonciations n'est pas explicite en droit polonais et résulte de l'art. 203§4 du pCPC. Il s'agit de l'une des conditions de l'admissibilité de la transaction, comme indiqué *supra* par la jurisprudence. V. SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*; CA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *préc.*

<sup>567</sup> SN, 24 juillet 2002, I CKN 915/00, OSG 2004/7/ 98 prévoit que les concessions réciproques visent, notamment, à garantir que les prétentions seront satisfaites. Pour la réalisation de telles concessions, par contre, il n'est pas nécessaire d'avoir de l'incertitude ou de contester les réclamations découlant de la relation juridique dans laquelle la transaction est conclue. Dans son arrêt du 27 février 2006, IV CK 393/05, la Cour suprême SN constate, ensuite, que tant le type que la portée des concessions mutuelles peuvent varier et ne doivent pas nécessairement être entièrement comparables et équivalentes. Les concessions réciproques ne doivent pas nécessairement être mentionnées, de manière expresse, dans le contenu de l'accord transactionnel, leur existence pouvant indiquer les circonstances de ce dernier. Les conditions de la transaction peuvent être déterminées dans une procédure judiciaire sur la base de tous les éléments de preuve recevables dans l'instance. Dans l'arrêt du 29 avril 2010, III PK 69/09 la Cour suprême SN confirme que l'essence de la transaction, conclue pour régler un différend devant le juge, est d'arriver à un compromis fondé sur des concessions réciproques. Selon la décision de la Cour d'appel de Szczecin du 29 mars 2013, I ACz 1181/12, LEX n° 1344245, l'art. 917 § 1 du pCz prévoit que, par la transaction, « *les parties réalisent des concessions réciproques concernant les relations juridiques entre elles [...]. L'essence même du règlement est donc la renonciation de la partie à une part de ses prétentions. Les concessions mutuelles des parties doivent être comprises d'une manière subjective, en ne se référant pas au contenu réel, objectivement déterminé du rapport juridique, mais à la conviction de chaque partie quant à la portée des prétentions individuelles qui en découlent* ». La décision de la Cour d'appel de Katowice du 21 février 2013, ACa 724/12 précise que la concession d'une seule partie à une relation juridique ne suffit pas à supposer qu'une transaction a été conclue.

<sup>568</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p.349.



L'origine des doutes concernant le lien entre la transigibilité et le contrôle de l'arbitrabilité *in abstracto* vient de la position du droit allemand antérieure à la réforme du droit de l'arbitrage en 1998. À cette époque, pour qu'un litige soit arbitrable, il fallait, selon la doctrine allemande, que la transaction fut admise *in concreto*<sup>569</sup>. L'arbitrabilité était alors refusée dans les cas de violation des dispositions impératives et des bonnes mœurs, puisqu'une transaction stipulée en l'espèce était nulle selon l'art. 134 et 138 du BGB. Le remplacement du critère de transigibilité par le critère de patrimonialité a mis fin à cette interprétation difficilement acceptable du point de vue des auteurs allemands<sup>570</sup>.

97. Malgré la reprise par le législateur polonais en 2005 du critère de transigibilité, rejeté en principe par les droits de la famille germanique, c'est la règle d'interprétation apparue ultérieurement au sein de celle-ci et portant sur l'analyse abstraite de l'arbitrabilité, qui a été adoptée par la jurisprudence polonaise pour confirmer la nécessité du contrôle *ex ante* d'un type donné de litige<sup>571</sup>. Ainsi conçu, un tel critère de l'arbitrabilité répond à la possibilité abstraite de disposition des droits résultant du rapport juridique entre les parties, et non à l'opportunité de conclusion de la transaction judiciaire. À cet égard, la jurisprudence en question précise qu'il est décisif que les parties puissent arriver à la résolution du litige par voie de transaction. Par conséquent, l'analyse de la transigibilité devrait être détachée des conditions particulières du litige et de l'évaluation d'admissibilité de la transaction à la lumière de l'art. 203§4 du pICPC en connexion avec l'art. 223§2 du pICPC et avec l'art. 917 du pICc en connexion avec l'art. 58 du pICc. Or, l'arbitrabilité est examinée d'une manière abstraite et détachée de l'analyse de l'admissibilité de la transaction.

98. Le droit polonais offre un exemple favorable à l'arbitrage en choisissant l'interprétation abstraite de l'arbitrabilité. De plus, il arrive que ce soit à travers le

---

<sup>569</sup> Cf. l'étude de N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, n° 217, p. 227.

<sup>570</sup> V. N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, note n° 39, p. 227. L'auteur cite R. Bork, *op. cit.*, p. 257. L'admission de la transaction *in concreto* a été critiquée tant par les partisans de la théorie processuelle de la libre disponibilité que par ceux qui reconnaissant les défauts de la théorie matérielle de la disponibilité des droits, comme décrit *supra*, cf. le point précédent.

<sup>571</sup> V. SN, 18 juin 2010, V CSK 434/09, *préc.* ; SN 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.* ; SA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *préc.*

contrôle abstrait même que la doctrine cherche à accorder le caractère arbitral à un groupe de litiges. Comme nous l'analyserons plus précisément ci-dessous<sup>572</sup>, l'un des problèmes encore irrésolus de l'arbitrage polonais est l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des décisions des organes des sociétés de capitaux. Le critère polonais d'arbitrabilité ne permet pas de les soumettre à l'arbitrage, leur caractère étant jugé non transigible. Pour résoudre le problème d'interconnexion entre l'arbitrabilité et la transaction, les conditions de cette dernière étant difficilement applicables aux litiges potentiellement arbitraux à la lumière du droit polonais, un postulat *de lege lata* propose de traiter l'arbitrabilité des litiges endogènes à la société d'une manière abstraite. Suivant cette logique, la licéité d'une transaction concrète n'est pas le même concept que l'arbitrabilité des litiges au sein de la société de capitaux dans le sens général. En particulier, la réalisation des concessions réciproques, relatives à la transaction, ne peut être sanctionnée qu'à l'occasion du contrôle *ex post* de la sentence arbitrale. En d'autres termes, l'admissibilité d'une transaction concrète ne devrait pas être confondue avec l'arbitrabilité d'un type de litige<sup>573</sup>. Cette solution a été reconnue par la jurisprudence polonaise, qui a confirmé la pertinence de l'analyse abstraite (le contrôle *ex ante*) de l'arbitrabilité<sup>574</sup>.

## ***Paragraphe 2. Dans les législations appartenant à la famille des droits romanistes***

99. Les droits romanistes n'échappent pas à la réflexion sur la transigibilité dans le contexte de l'arbitrage. Malgré le fait que le choix de cette dernière, en tant que critère de l'arbitrabilité, est rare et n'a pas résisté aux réformes de modernisation du droit de l'arbitrage et de la procédure civile, comme c'est le cas du droit belge<sup>575</sup> (A), l'étude

---

<sup>572</sup> Cf. Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>573</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, pp. 202 et s.

<sup>574</sup> A. W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrażowa », *op. cit.*, pp. 238-239; SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*

<sup>575</sup> C'est également le cas du droit italien antérieur à la réforme de 2006 qui définissait l'arbitrabilité selon la notion de transigibilité (l'art. 806<sup>1</sup> du Code de la procédure civile italien, ci-après l'iCPC). Après la réforme, la référence à la transaction a été supprimée et remplacée par le critère de disponibilité<sup>575</sup>. Il est à noter que, déjà avant la réforme mentionnée ci-dessus, il était possible de transiger sur les droits disponibles, la transaction étant par ailleurs nulle dans le cas contraire. À cet égard, l'indisponibilité était indiquée par la nature du droit ou *ex lege* (l'art. 1966 du Code civil italien, ci-après l'iCc). De plus, pour que la transaction soit valide, elle devait porter sur un contrat licite (l'art. 1972 d'iCc). M. Abdelgawad en tire la conclusion, à notre avis,

de la transigibilité, dans les ordres juridiques qui ne se sont jamais servi de la liberté de transiger pour déterminer des litiges arbitrables, met en lumière la pertinence de ce critère pour une esquisse des contours de l'arbitrabilité, comme cela est fait dans la doctrine française (B).

#### A. La transigibilité comme un critère d'arbitrabilité partiellement rejeté en droit belge

100. Le droit belge utilisait la transigibilité comme critère de l'arbitrabilité entre 1972 et 2013<sup>576</sup>. Après la dernière réforme de 2013<sup>577</sup> ce critère a été maintenu, à l'instar notamment des droits allemand, autrichien et suisse, à l'égard des litiges de nature extrapatrimoniale<sup>578</sup>. La transigibilité en droit belge était toujours façonnée par la notion de libre disponibilité à l'instar du droit français, la référence à cette dernière étant plus indirecte que celle dans les ordres juridiques d'origine germanique.
101. Reposant traditionnellement sur la libre disponibilité des droits, le critère d'arbitrabilité objective belge paraissait cependant insuffisamment précis d'après les groupes de travail de Conseil de l'Europe<sup>579</sup>. C'est la raison pour laquelle le législateur belge a, en 1972, défini les litiges pouvant être soumis à l'arbitrage à l'aide d'une formule nouvelle – du moins *prima facie* – sur la base d'un standard général<sup>580</sup>, à savoir celui de la

---

simplifiée que « (...) la transaction et la libre disposition sont deux notions qui se recouvrent et se réfèrent, mutatis mutandis, l'une à l'autre mutuellement, par conséquent s'estompe toute différence entre elles au sujet de l'arbitrabilité ». V. W. Abdelgawad, *op. cit.*, n°190, p. 104. Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>576</sup> L'analyse de la problématique de réforme de droit belge de l'arbitrage a été déjà abordée par l'auteur de la présente étude, cf. L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », In Leroy J., éd., *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, Mare et Martin, Paris 2016, pp. 245-254; L. Sokołowska, « Significance of arbitrability as the ground for annulment of arbitral awards – some comparative observations in light of recent amendments to Belgian arbitration law », *Arbitration e-review*, 2014, 5-6 (15-17), pp. 79-93.

<sup>577</sup> La réforme approfondie de la sixième partie du Code judiciaire de 10 octobre 1967 avec modifications (articles 1676-1723), relative à l'arbitrage, publiée le 28 juin 2013 au Moniteur Belge, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2013.

<sup>578</sup> V. *infra*, la section suivante.

<sup>579</sup> En ce sens, J. Linsmeau, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, RPDB Supplément, vol. VII., Bruylant, Bruxelles 1991, p. 38.

<sup>580</sup> En ce sens, A. W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrażowa » *op. cit.*, pp. 196 – 200.

transigibilité<sup>581</sup>. Malgré cette modification, la transigibilité en droit belge n'a pas cessé de se traduire par la catégorie des droits disponibles, laquelle correspond dans une certaine mesure à la classification française de ceux-ci<sup>582</sup>. En ce sens, la doctrine belge vise également, plus que le droit français, le renvoi à la notion d'aliénabilité<sup>583</sup>.

102. De plus, à défaut une analyse plus approfondie, les études existantes tendent, jusqu'à présent, dans un sens fonctionnel, à assimiler ces deux critères l'un à l'autre<sup>584</sup>. Bien que basée sur la définition matérielle de la transaction<sup>585</sup>, la transigibilité est rangée parmi les normes procédurales. Cela n'a pas empêché la doctrine belge de critiquer l'ambiguïté du concept de transigibilité, le caractère relatif et casuistique du critère de disponibilité des droits, ainsi que le manque de référence claire au catalogue des droits soustraits à la « *capacité de transiger sur un droit* », que l'art. 764 du Code judiciaire belge de 1967<sup>586</sup> a pourtant mis en exergue<sup>587</sup>. Traditionnellement, il s'agit d'un catalogue des droits soustraits à la libre disposition des parties (par. ex., les droits liés au statut personnel), qui est une catégorie de droit « *communiquées au ministère public* ».

---

<sup>581</sup> Avant la réforme de 2013, l'art. 1676 § 1 du bCj prévoyait que « [t]out différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage ». Le critère belge de l'arbitrabilité objective est compris par la doctrine en Pologne, mais également par certains auteurs belges, comme étant déterminé par l'aliénabilité des droits. En ce sens, v. A. W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrażowa », *op. cit.*, pp. 196- 200; v. aussi les concepts d'aliénabilité et d'indisponibilité des droits dans la littérature belge, V. G. Keutgen i G. - A. Dal, *op. cit.*, p. 106.

<sup>582</sup> Cf. P. Level, *op. cit.*, p. 219; v. également la section précédente.

<sup>583</sup> G. Keutgen i G. - A. Dal, *op. cit.*, p. 106.

<sup>584</sup> En ce sens, entre autres, H. van Houtte, « L'arbitrage : son territoire et ses frontières », *Rev. de droit international et comparé*, 1976, vol. LIII (2), p. 142; L. Dermine, *L'arbitrage commercial en Belgique. Commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Larcier, Bruxelles 1975, p. 21.

<sup>585</sup> Art. 2045 du Code civil belge actuellement en vigueur, ci-après le bCc.

<sup>586</sup> Pour une étude approfondie de la genèse possible du critère de « transigibilité » en droit belge, au sens matériel et processuel, v. J. De Gavre, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, vol. I, Bruylant, Bruxelles 1967, p. 270.

<sup>587</sup> H. van Houtte, *Belgium*, In F. B. Weigand (éd.), *Practitioner's handbook on international commercial arbitration*, Oxford University Press, New York 2002, p. 142 et s.; G. Keutgen i G.-A. Dal, *op. cit.*, p. 111.

103. En outre, la doctrine belge a mis en exergue une spécificité du droit français – l’interconnexion entre des notions d’arbitrabilité et d’ordre public<sup>588</sup>. Ainsi, de la même manière que la jurisprudence française énonce les interdictions de transiger, basées sur la notion d’ordre public<sup>589</sup>, l’arrêt de la Cour de cassation de Belgique, dans l’affaire *Audi/NSU c. Adelin Petit S.A.* du 28 juin 1979<sup>590</sup>, établit un catalogue des droits indisponibles, « *communiquées au ministère public* », comparable à celui des « *matières qui intéressent l’ordre public* » du droit français<sup>591</sup>. Nonobstant, une tendance moderne, qui démontre un élargissement du groupe des litiges relevant de l’ordre public pouvant néanmoins faire l’objet d’une convention d’arbitrage<sup>592</sup> (notamment du fait de la différenciation opérée entre les dispositions impératives et l’ordre public<sup>593</sup>), le raisonnement s’appuyant sur la liaison entre les notions mentionnées ci-dessus – avec la polémique concernant l’ambiguïté de ce critère – a été analysé, en tant qu’argument en faveur des modifications législatives, dans les travaux préparatoires des commissions parlementaires préparant la réforme de 2013<sup>594</sup>.

---

<sup>588</sup> Dans ce sens, J. Linsmeau, *L’arbitrage volontaire en droit privé belge*, RPDB Supplément, vol. VII., Bruylant, Bruxelles 1991, n°65. L’auteur détermine l’objet de la transaction comme « *licite et non contraire à l’ordre public* ».

<sup>589</sup> En ce sens, B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, note de bas de page n° 1, p. 113.

<sup>590</sup> V. *supra* Chapitre préliminaire.

<sup>591</sup> L’art. 764 du bCj. et l’art. 2060 du frCc.

<sup>592</sup> Pour une étude approfondie du problème, v. O. Caprassé, *Les sociétés et l’arbitrage*, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris 2002.

<sup>593</sup> V. B. Hanotiau, « L’arbitrabilité (...) », *op.cit.*, p. 100. À titre d’exemple, l’auteur indique qu’il est admis en Belgique que les litiges relatifs à la résiliation des contrats exclusifs de vente fassent l’objet d’une convention d’arbitrage, malgré le fait que la loi du 27 juillet 1961 l’interdise, lorsque les parties ont prévu une telle possibilité dans une clause d’arbitrage.

<sup>594</sup> V. le projet et les travaux préparatoires de la réforme de la 6<sup>ème</sup> partie du bCj, DOC 53 2743/001 du 11 avril 2013, ainsi que le rapport de la commission parlementaire de la Chambre des Représentants de Belgique du 8 mai 2013, DOC 53 2743/003 pp. 10-11, disponible en ligne : <http://www.lachambre.be/FLWB/pdf/53/2743/53K2743003.pdf>. Comme exemple, il est possible de se référer au droit de la concurrence où la question de la détermination des relations entre l’arbitrabilité, la disponibilité des droits ainsi que l’ordre public revêt une importance substantielle. Sauf le cas où la loi prévoit la compétence exclusive du Conseil de Concurrence, le droit belge admet la compétence de l’arbitre pour reconnaître une infraction au droit de la concurrence ainsi que pour apprécier le montant de la réparation.

## B. La transigibilité en tant que concept étranger à la technique de l'arbitrage en droit français

104. En droit français<sup>595</sup>, les textes de loi prévoient seulement le cas spécifique de la transaction à l'art. 2046 du frCc<sup>596</sup>, la liberté de transiger étant généralement limitée par le concept d'ordre public<sup>597</sup>. Selon Mme Fauvarque-Cosson, « (...) *les conditions de validité des transactions sont appréciées par rapport aux règles de fond qui gouvernent les renonciations* »<sup>598</sup>. La transigibilité ainsi perçue constitue, par conséquent, un lien entre la libre disponibilité et les renonciations, comme interprétées par la doctrine française indiquée ci-dessus<sup>599</sup>. En ce sens, le concept, que nous appelons la « transigibilité », répond à l'objet d'une transaction licite, dont l'analyse constitue un renvoi à la libre disponibilité pour définir le domaine de l'arbitrage<sup>600</sup>.
105. La notion de *transigibilité* est utilisée dans le contexte où des concessions réciproques entre les parties constituent l'une des conditions de validité du contrat de transaction<sup>601</sup>. Les concessions en question, abordées surtout en droits d'origine germanique, constituent-elles ainsi un lien entre les approches « romaniste » et « germanique » de l'arbitrabilité? En ce sens, la doctrine française présente les concessions réciproques comme l'abandon de droit substantiel et l'abandon des prétentions, ou plus récemment, comme l'abandon de droit d'action dans le cadre de la théorie processualiste (la

---

<sup>595</sup> Les transactions sont réglementées par les articles 2044 à 2052 du frCc. Selon l'art. 2044 du frCc « *La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* ». L'art. 2045 précise que « *[p]our transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». La définition de la transaction a été modifiée en 2016 par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. ». Cette réforme a introduit, entre autres, en tant que condition de la transaction, la notion des concessions réciproques, posée antérieurement par la jurisprudence afin de favoriser le consentement des parties.

<sup>596</sup> Selon l'art. 2046 du frCc, « *[o]n peut transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit* ».

<sup>597</sup> « *La nature contractuelle de la transaction implique qu'elle soit soumise aux dispositions de droit commun des conventions relatives à l'ordre public* », v. L. Posocco, thèse préc., note n° 806, p. 244. L'auteur se base sur les observations de F. Julienne, « Transaction », *J.-Cl. Répertoire Code civil*, Art. 2044 à 2052, fasc. 20.

<sup>598</sup> B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, n° 186, p. 113. L'auteur cite à cet égard Cass. mixte, 29 janvier 1971, *D.*, 1971, p. 301, note Hauser, Abitol; concl. Lindon.

<sup>599</sup> Cf. *supra*, la section précédente.

<sup>600</sup> En ce sens, B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 186, p. 112.

<sup>601</sup> Cf. C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, n° 922 et s., p. 493.

renonciation à faire trancher un litige)<sup>602</sup>. Ces approches sont fortement critiquées, notamment en raison de l'admissibilité d'une transaction malgré une renonciation partielle, à cause du caractère relatif de la transaction, incompatible avec celui de renonciation à un droit subjectif<sup>603</sup>, ou encore, en raison du doute quant à la conséquence de l'abandon de droit à l'action n'entraînant pas dans tous les cas la fin de non-recevoir<sup>604</sup>. Néanmoins, ils démontrent que le concept des renonciations est beaucoup plus enraciné en droit français que celui des concessions réciproques. Or, c'est notamment par ce premier que l'arbitrabilité se manifeste, le législateur français n'ayant introduit la notion des concessions réciproques à l'art. 2044 du frCc qu'en 2016, lequel s'ajoute dès lors au concept de renonciation dans l'art. 2048 du frCc mentionné ci-dessus.

106. Finalement, même si certains auteurs français sont tentés d'apprécier la transigibilité en tant que critère d'arbitrabilité qui, contrairement à l'inarbitrabilité par nature ou l'ordre public « *donne au moins l'impression de s'adresser au litige* »<sup>605</sup>, sa nature juridique duale est en même temps condamnée eu égard à l'ambiguïté introduite par la qualification du litige tant par son rapport substantiel que processuel<sup>606</sup>. Cette critique de la transigibilité, discutée en fait de la même manière au sein des législations appartenant à la famille des droits germaniques, est pourtant complétée par les auteurs français par un argument additionnel important, qui repose sur l'incohérence entre la nature de transaction et celle de l'arbitrage<sup>607</sup>. Bien que l'arbitrage puisse être associé avec la transaction à travers d'une stratégie commune visant à éviter un juge étatique, seul l'arbitrage possède un caractère juridictionnel. La différence entre les techniques de l'arbitrage et de la transaction explique pourquoi la transigibilité ne peut pas être le

---

<sup>602</sup> En ce sens, L. Poulet, *Transaction et protection des parties*, LGDJ, Paris 2004, pp. 162 et s., avec les références citées.

<sup>603</sup> L'art. 2048 du frCc prévoit : « *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu* ».

<sup>604</sup> *Ibid.*, pp. 163-165 avec les références citées. Il faut remarquer que l'apport de cette dernière est limité.

<sup>605</sup> En ce sens L. Posocco, *La clause compromissoire (...)*, *op. cit.*, n° 295, p. 244.

<sup>606</sup> *Ibid.*, n° 295, p. 245.

<sup>607</sup> En ce sens L. Poulet, *op. cit.*, n°s 505 et s., p. 215; L. Posocco, *La clause compromissoire (...)*, *op. cit.*, n° 296, p. 245.

critère exclusif de l'arbitrabilité, et est généralement expliquée par d'autres critères, comme celui de la libre disponibilité des droits. Même si certains auteurs mettent en exergue la différence entre la liberté de transiger et le contenu de la transaction<sup>608</sup>, il nous paraît douteux, à la lumière de notre démonstration précédente, que le mécanisme retenu par le droit polonais, qui repose sur le contrôle abstrait de la transigibilité, constitue une solution acceptable et capable de faire face aux ambiguïtés de ce critère, à supposer qu'elle continue à constituer une prémisse de l'arbitrabilité.

### SECTION III. LA PATRIMONIALITÉ

107. Après les réformes en droits allemand et autrichien, mentionnées ci-dessus, qui ont été les premières à suivre l'exemple du droit suisse, les législations nous offrent également des exemples récents, qui démontrent l'importance de la réglementation des critères législatifs de l'arbitrabilité. En effet, les critères de libre disposition des droits et de transigibilité ont été respectivement remplacés au Portugal, en 2012<sup>609</sup>, et en Belgique, en 2013<sup>610</sup>, par celui de la nature patrimoniale du litige. De même, la portée de l'arbitrabilité a été clarifiée en droits slovaque<sup>611</sup> et russe<sup>612</sup> en 2015. Aussi, la réforme du droit polonais de 2019 remplace-t-elle partiellement le critère de transigibilité par le critère de caractère patrimonial du litige.

---

<sup>608</sup> Cf. X. Lagarde, cité par L. Poulet, *op. cit.*, n° 509, p. 216.

<sup>609</sup> Le nouveau droit de l'arbitrage au Portugal est entré en vigueur le 14 mars 2012. V., p. ex., M. Pinto Cardoso, « Portuguese Arbitration Law: A Gateway to Portuguese-Speaking Countries? », *Kluwer Arbitration Blog*, 7 mars 2012, disponible en ligne: <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/03/07/portuguese-arbitration-law-a-gateway-to-portuguese-speaking-countries/>.

<sup>610</sup> V. *supra*, la section précédente.

<sup>611</sup> Le nouveau droit slovaque de l'arbitrage qui a admis l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des clauses compromissoires est entré en vigueur le 1 janvier 2015. V. P. Plachy, « The New Slovak Arbitration Act Applicable From January 2015: Has It Progressed Sufficiently? », *Kluwer Arbitration Blog*, 17 avril 2015, disponible en ligne: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/17/the-new-slovak-arbitration-act-applicable-from-january-2015-has-it-progressed-sufficiently/>.

<sup>612</sup> Le nouveau droit russe de l'arbitrage, qui a conditionnellement admis l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des décisions des organes des sociétés, est entré en vigueur le 1 septembre 2016. V., p. ex., A. Yadykin, M. C. Mekat, N. Rubins, « The Russian arbitration reform », *Arbitration International* 2016, 32 (1), pp. 641-650 ; cf. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II.



108. À cet égard, le critère suisse de l'arbitrabilité, basé sur le caractère patrimonial de la cause constitue-t-il un critère plus « moderne » et universellement applicable, tenant en compte l'importance de la sécurité juridique et l'intérêt économique de l'arbitrage (**Paragraphe 1**) ? En essayant de relativiser un emploi effectif de ce critère, nous allons étudier à quel point les ordres juridiques utilisant la même règle, tant en matière interne qu'internationale, ne se contentent pas du critère de cause patrimoniale, comme c'est le cas notamment du droit belge. Le critère retenu en Belgique est particulièrement intéressant puisqu'il démontre une transition constante depuis les années 1970. Cette évolution est d'autant remarquable que le droit belge a connu déjà trois standards d'arbitrabilité objective – la libre disponibilité, la transigibilité et la patrimonialité des droits<sup>613</sup> (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1. La règle matérielle comme critère autonome de l'arbitrabilité en droit suisse***

109. Le droit suisse de l'arbitrage emploie le critère de la libre disponibilité des droits pour déterminer l'arbitrabilité en matière interne, et le critère de nature patrimoniale de litige en arbitrage international<sup>614</sup>. Dans la mesure où le critère d'arbitrabilité, en matière interne, suit les règles de conflit de lois, les litiges arbitrables pourraient être déterminés en vertu de lois différentes. Pourtant, en l'absence d'un choix explicite, un critère objectif servant à déterminer le droit applicable devient laborieux à trouver, notamment dans le contexte de la transparence de la sentence arbitrale<sup>615</sup>. Le critère suisse de l'arbitrabilité en matière internationale semble surmonter cet obstacle, la règle étant directement applicable.

---

<sup>613</sup> L'étude des critères de l'arbitrabilité en droit belge nous paraît particulièrement utile pour l'analyse de l'arbitrabilité en droit polonais. En Pologne, comme c'est le cas du droit belge, le critère de l'arbitrabilité a également connu une longue évolution, à partir des années 1930, s'exprimant dans un premier temps par une formule basée partiellement sur l'arbitrabilité subjective, puis adaptée par la suite aux exigences de l'économie planifiée de l'État socialiste, pour se tourner finalement vers le principe de transigibilité en 2005.

<sup>614</sup> L'art. 177§1 de la LDIP; l'art. 354 du sCPC.

<sup>615</sup> B. Berger, F. Kellerhals, *International and domestic arbitration in Switzerland*, Beck/Hart, Bern 2015, p. 67.

110. La notion de différend de nature patrimoniale a une large portée et se réfère au caractère patrimonial des litiges. Bien que les conflits de nature financière soient généralement à la disposition des parties<sup>616</sup>, si une prétention a un caractère pécuniaire selon le droit suisse, elle peut être arbitrable en vertu d'un régime d'arbitrage international autonome, indépendamment du fait de savoir si les parties peuvent librement en disposer selon la *lex causae*<sup>617</sup>. À l'inverse, certains litiges disponibles – ceux qui ne possèdent pas de caractère pécuniaire – peuvent également être considérés arbitrables, non en raison d'une règle hypothétique qui favoriserait par défaut le caractère international de l'instance, mais en vertu d'une interprétation large de la notion d'intérêt financier<sup>618</sup>. Une telle règle par défaut paraît pourtant excessive à la lumière de la doctrine suisse<sup>619</sup>.
111. Sachant que, dans l'arrêt *Fincantieri-Cantieri c. M*<sup>620</sup>, le Tribunal fédéral suisse souligne l'indépendance du critère patrimonial par rapport à celui de la libre disponibilité, la question se pose de la prépondérance du critère matériel sur d'autres critères « non-autonomes ». Eu égard à sa cohérence avec le caractère de l'arbitrage commercial et à son intérêt économique, le critère de l'arbitrabilité basé sur un déterminant patrimonial serait-il la solution évidente pour une politique législative favorable à l'arbitrage ? Malgré les avantages du critère matériel, la réponse n'est pas certaine au vu des critiques exprimées par les auteurs français.
112. Tout d'abord, on peut se demander si une application éventuelle du critère patrimonial élargit le domaine arbitrable d'une manière « signifiante ». Comme le dit Mme Fauvarque-Cosson, « *la substitution du critère de la clause patrimoniale à celui de la*

---

<sup>616</sup> *Ibid.*, p.70

<sup>617</sup> Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c. M.*, ATF 118 II 353, *Rev. arb.*, 1993, p. 695.

<sup>618</sup> B. Berger, F. Kellerhals, *op. cit.*, p. 70. Le litige en matière sportive, comme, par exemple, la contestation d'une exclusion d'une association sans but lucratif, constitue une exception en vertu du droit international suisse de l'arbitrage.

<sup>619</sup> V., p. ex., B. Berger, F. Kellerhals, *op. cit.*, p. 70.

<sup>620</sup> Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c. M.*, *préc.*, In P. Lalive, J.-F. Poudret, C. Reymond, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne 1989, note de bas de page n° 46.

*libre disponibilité des droits, si elle ne modifie pas substantiellement le domaine de l'arbitrage, conduit néanmoins à une légère extension de celui-ci* »<sup>621</sup>. En effet, le critère patrimonial élargit notamment le domaine arbitral dans la matière de la concurrence, surtout dans le cas des relations contractuelles en cas d'entente ou d'abus de position dominante<sup>622</sup>. Le critère en question faciliterait également la soumission à l'arbitrage, à titre d'exemple, des litiges portant sur les aspects patrimoniaux des relations familiales, bien que, traditionnellement, ce domaine entier soit considéré, par nature, comme « sensible ». Nous allons pourtant voir ci-dessous que l'analyse plus approfondie de ce domaine permet, à notre avis, une « démystification » relativement facile de certains « préjugés » défavorables à l'arbitrage<sup>623</sup>. Pareillement, pour certains litiges en droit des sociétés, le problème d'inarbitrabilité découle non seulement du critère normatif mais également de la nécessité des garanties procédurales en arbitrage<sup>624</sup>. L'application du critère patrimonial contribue alors à une extension « légère » du domaine arbitral, sans constituer pourtant une condition *sine qua non* de celle-ci. Au contraire, elle paraît souvent insuffisante.

113. Deuxièmement, une autre question se pose sur l'évaluation des effets pratiques de l'abandon du raisonnement conflictuel en matière d'arbitrage international. Ainsi, l'adoption d'une règle de droit matériel international signifie-t-elle l'indépendance du domaine arbitral par rapport aux particularités des systèmes juridiques internes ou, au contraire, crée-t-elle davantage un risque de non-reconnaissance de la sentence arbitrale à l'étranger<sup>625</sup> ? Alors que le premier est possible, le deuxième ne le paraît pas. En effet, l'abandon complet de la méthode conflictuelle à la lumière de l'efficacité internationale de la sentence arbitrale, malgré l'objectivité du critère d'arbitrabilité, semble plutôt illusoire. Bien que l'approche conflictualiste ne soit pas considérée comme problématique, eu égard à l'autonomie de la convention d'arbitrage qui

---

<sup>621</sup> B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n°167, p. 102.

<sup>622</sup> W. Abdelgawad, *op.cit.*, n° 2010, pp. 113 et s. L'auteur évoque à cet égard la sentence CCI, aff. n° 7673, *Bull. CCI* 1995 (6), p. 56 et s. et l'arrêt du Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *G. S. A c. V. S.p.A*, *Rev.arb.*, 1993, p. 124, note Idot.

<sup>623</sup> Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I et Section II

<sup>624</sup> V. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Sections I et II.

<sup>625</sup> B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 169, p. 103.

permettrait aux parties de choisir la loi régissant la procédure, un tel choix est rarement mis en œuvre, et à défaut, il est renvoyé aux solutions classiques, comme la loi du siège de l'arbitrage ou la loi jugée la plus appropriée par les arbitres<sup>626</sup>.

114. Par conséquent, il nous paraît que, même si le point fort du critère patrimonial ne repose pas sur la proposition d'un remède contre les difficultés de la méthode conflictualiste, son point faible constitue sans doute la création artificielle, *a contrario*, d'un groupe de litiges extrapatrimoniaux qui, en réalité, ne constitue pas une catégorie homogène. À cet égard, un auteur met l'accent sur le caractère incomplet du critère patrimonial dans le système français, au motif qu'il ne résout pas non plus le problème de la compétence exclusive des juridictions étatiques<sup>627</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, les litiges du droit fiscal seraient patrimoniaux alors que, à l'évidence, cela n'implique guère leur arbitrabilité<sup>628</sup>. Ensuite, la frontière entre le domaine patrimonial et extrapatrimonial peut être floue dans le cas où le litige est « mixte ». En ce sens, Mme Fauvarque-Cosson démontre, par exemple, que dans le cas de certains droits de la personnalité de double nature – patrimoniale et extra-patrimoniale, l'emploi du critère patrimonial peut paradoxalement être plus restrictif que celui de la libre disponibilité<sup>629</sup>. Selon cette même auteur, tel serait notamment le cas s'agissant d'un litige issu d'une atteinte à un droit extrapatrimonial où une victime souhaiterait exercer son droit patrimonial à des dommages-intérêts<sup>630</sup>. Alors que, à la lumière du critère de la libre disponibilité, un tel litige serait susceptible de renonciation, et dès lors arbitral, sa base strictement extrapatrimoniale pourrait poser un problème à la lumière du critère patrimonial<sup>631</sup>.

---

<sup>626</sup> En ce sens P. Level, *op. cit.*, p. 224. L'auteur argumente en faveur de l'arbitrabilité déterminée par la libre disponibilité.

<sup>627</sup> L. Posocco, « L'inarbitrabilité des litiges », *op. cit.*, n° 5.

<sup>628</sup> *Ibid.*

<sup>629</sup> B. Fauvarque-Cosson, *La libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 167, p. 103.

<sup>630</sup> *Ibid.*, note de bas de page n°2, p. 103.

<sup>631</sup> *Ibid.*, n° 168, p. 103. L'auteur évoque à titre d'exemple une atteinte à l'intégrité corporelle ou à l'intimité de la vie privée.

**Paragraphe 2. La patrimonialité accompagnée par la transigibilité en droit belge en tant que critère composite de l'arbitrabilité**

115. La réforme en droit belge de 2013, mentionnée ci-dessus<sup>632</sup>, a été déjà positivement évaluée par la doctrine, les modifications opérées en droit de l'arbitrage ayant mis l'accent sur le renforcement de la position de ce pays parmi ceux considérés *arbitration – friendly*<sup>633</sup>. Si cette réforme avait surtout pour but de transposer dans le droit belge les dispositions de la loi modèle de la CNUDCI<sup>634</sup>, certains auteurs considèrent en effet qu'elle a introduit en réalité des solutions *in favorem arbitrandum* encore plus poussées<sup>635</sup>. Malgré le fait que la loi modèle ne donne pas de définition normative des critères de l'arbitrabilité objective en suggérant plutôt une approche large à ce concept<sup>636</sup>, ce fait en soi, pris ensemble avec des principes généraux de la loi de la

---

<sup>632</sup> V. *supra* la section précédente. Nous nous appuyons dans la présente section sur notre étude réalisée dans les publications suivantes : L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », In Leroy J., (éd.), *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, Mare et Martin, Paris 2016, pp. 245-254 ; L. Sokołowska, « Significance of arbitrability as the ground for annulment of arbitral awards – some comparative observations in light of recent amendments to Belgian arbitration law », *Arbitration e-review*, 2014 1-2 (16-17), pp. 79-93.

<sup>633</sup> O. Caprasse, Ch. Price, « The CEPANI 2013 Arbitration Rules », *AsA bulletin* 2013, 31 (4), p. 812; N. Bassiri, M. Piers, « Art. 1676 », In N. Bassiri et M. Draye (éd.), *Arbitration in Belgium. A practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016, pp. 17-30.

<sup>634</sup> Bien que, jusqu'alors, le législateur belge ne se soit jamais autant inspiré, en matière d'arbitrage, d'une loi modèle de la CNUDCI, le droit belge de l'arbitrage a toujours connu certaines spécificités qui ont partiellement survécu à la réforme de ce domaine. Afin de remédier aux défauts des lois nationales et aux divergences existant entre elles, la loi modèle de la CNUDCI offre un régime juridique particulièrement ajusté à l'arbitrage commercial international, tout en évitant de porter atteinte aux traités en vigueur, qui régissent la matière dans la législation adoptant ladite loi. Traditionnellement, le besoin d'une telle amélioration et d'une harmonisation, en matière d'arbitrage, s'est produit après avoir observé que certains ordres juridiques adoptaient fréquemment des dispositions qui assimilaient la procédure arbitrale à la procédure judiciaire, les dispositions partielles ne se prononçant pas sur toutes les questions fondamentales relevant du droit matériel. Les lois nationales, le plus souvent comprises comme réglementant les arbitrages purement internes, étaient à l'origine des disparités accessoires entre les régimes nationaux de l'arbitrage, ce qui peut mettre en danger tant le fonctionnement des procédures arbitrales qu'influencer le choix du lieu de l'arbitrage. En ce sens, L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », *op. cit.*, pp. 245-254.

<sup>635</sup> O. Caprasse, Ch. Price, *op.cit.*, p. 812; D. De Meulemeester, M. Piers, « The New Belgian Arbitration Law », *AsA bulletin* 2013, 31 (3), p. 596; D. Philippe, « Modernisation of the Belgian law on arbitration », disponible en ligne: [http://www.martindale.com/members/Art.\\_Attachment.aspx?od=10162236&id=2080250&filename=asr-2080104.pdf](http://www.martindale.com/members/Art._Attachment.aspx?od=10162236&id=2080250&filename=asr-2080104.pdf) (consulté le 01.03.2014).

<sup>636</sup> L'art. 7.1 de la loi modèle de la CNUDCI prévoit : « [u]ne convention d'arbitrage est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel ». S'agissant de la mise en œuvre de ladite loi modèle, des législateurs

CNUDCI – l’universalité et l’internationalité, illustre la promotion indirecte d’une position *in favorem arbitrandum* à travers des solutions législatives issues des ordres juridiques dits « favorables à l’arbitrage »<sup>637638</sup>.

116. Par conséquent, et en raison des nombreuses difficultés exprimées ci-dessus à l’égard du critère de transigibilité<sup>639</sup>, le législateur belge a décidé de partiellement renoncer à celui-ci. Par conséquent, la « nature patrimoniale »<sup>640</sup> détermine l’arbitrabilité d’un litige dans le sens général. Pour les causes de nature extrapatrimoniale, à l’égard desquelles la doctrine n’a pas posé de limitation à l’application de la transigibilité, ce dernier critère est resté inchangé<sup>641</sup>. La position contraire n’a pas reçue les faveurs de la doctrine, bien que, au cours de ses travaux législatifs, le Conseil d’État belge ait observé que le critère récent de l’arbitrabilité pourrait couvrir d’une manière suffisante

---

nationaux sont libres de déterminer la portée de l’arbitrabilité objective, *cf.* également *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Titre II.

<sup>637</sup> En raison de ses références insuffisantes à la loi modèle de la CNUDCI, l’ancien droit belge de l’arbitrage a été perçu, sous l’angle de ces spécificités, qu’une partie de la doctrine a désigné sous le terme de « belgitudes », v. E. Loquin, *L’arbitrage du commerce international*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux 2015, n° 65, p.54, citant G. Horsmans, *Rev. arb.*, 1999, p. 475.

<sup>638</sup> Une description complète de toutes les modifications de la nouvelle loi belge sur l’arbitrage va au-delà de la portée de cette étude. Tout en gardant un cadre normatif commun à l’arbitrage national et international, le législateur belge a pris position en faveur des modifications suivantes: la clarification des conditions de l’arbitrabilité objective, qui se réfèrera dorénavant à un critère matériel; la patrimonialité de la cause (l’art. 1676 § 1 du bCj); le deuxième degré de juridiction est écarté au profit de la compétence du tribunal de première instance pour les litiges portant sur l’annulation, la reconnaissance et l’exécution d’une sentence arbitrale (l’art. 1680 § 5 du bCj); l’allègement des conditions de forme du contrat d’arbitrage puisque l’écrit n’est plus requis *ad validatem* (l’art. 1681 § 1 du bCj); l’introduction de la possibilité pour les parties de convenir de la procédure de récusation d’un arbitre (l’art. 1687 § 1 du bCj); la clarification des règles relatives à l’application de mesures provisoires ou conservatoires par le tribunal arbitral (l’art. 1691 - 1697 du bCj); l’accroissement de l’aide, en vue de l’obtention de preuves, apportée par le tribunal étatique au tribunal arbitral sur la demande d’une partie (l’art. 1708 du bCj). Certaines spécificités du droit belge restent néanmoins inchangées, comme la possibilité d’exclure contractuellement tout recours en annulation d’une sentence arbitrale lorsqu’aucune des parties, étant une personne physique, n’a la nationalité belge ou une résidence en Belgique ou bien, pour des personnes morales, n’a pas son principal établissement ou une succursale situés sur le territoire belge.

<sup>639</sup> *Cf.* la section précédente.

<sup>640</sup> Suite à la réforme de 2013, l’art. 1676§1 du bCj prévoit dès lors que « [t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l’objet d’un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l’objet d’un arbitrage ».

<sup>641</sup> En principe, les litiges relevant du droit de la propriété intellectuelle et industrielle peuvent faire en droit belge l’objet d’une convention d’arbitrage. L’action en reconnaissance d’un brevet est comprise dans le champ d’arbitrabilité de ces matières.

aussi bien les litiges patrimoniaux que les litiges extrapatrimoniaux<sup>642</sup>. En effet, l'argumentation selon laquelle il conviendrait de postuler que, lorsque des droits patrimoniaux sont en cause, le litige devrait pouvoir être soumis à un arbitre malgré le défaut d'aptitude à une transaction, n'a pas trouvé assez des partisans.

117. L'influence des solutions adoptées en droit suisse était finalement tellement forte que, dans les rapports des commissions parlementaires belges mentionnés ci-dessus<sup>643</sup> portant sur les travaux préparatoires sur la réforme, le critère matériel de la nature patrimoniale de la cause – qui n'est d'ailleurs plus défini comme un « différend » – a même été interprété à l'aide d'une définition posée par un arrêt de la Cour fédérale suisse. Par cela, l'accent a été mis sur l'étendue particulièrement large du critère pécuniaire de telles revendications, exprimées dès lors en termes monétaires<sup>644</sup>. À l'instar de ce que prévoit la législation allemande, le critère établi par ledit arrêt ouvre la possibilité aux tribunaux arbitraux de traiter des actions en revendication, modification ou abrogation d'un droit<sup>645</sup>.
118. En dernier lieu, la modification du critère de l'arbitrabilité en droit belge a réduit les restrictions dont il était tributaire du fait de sa liaison avec le domaine de l'ordre public. Malgré le fait que, même avant la réforme du régime de l'arbitrabilité, il était possible en droit belge de résoudre par voie d'arbitrage des litiges touchant à certaines matières relevant de l'ordre public – tels que les litiges portant sur des revendications pécuniaires visant à réparer un dommage causé par une infraction<sup>646</sup>, l'introduction d'un critère faisant explicitement référence à la nature patrimoniale des causes a permis d'inclure d'une manière plus définitive, dans le champ des litiges arbitrables, tous ceux

---

<sup>642</sup> Doc. parl. DOC 53 2743/001, *préc.*, pp. 71 et s.

<sup>643</sup> Les travaux préparatoires DOC 53 2743/001 du 11 avril 2013 ; le rapport de la commission parlementaire, la *Chambre des Représentants de Belgique*, 8 mai 2013, DOC 53 2743/003 pp. 10 et s., *préc.*, v. la section précédente.

<sup>644</sup> Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c. M.*, ATF 118 II 353, *préc.*

<sup>645</sup> Cf. D. Philippe, *op. cit.*, p. 2.

<sup>646</sup> Cf. l'étude de la jurisprudence belge à partir de 1975 : J. Linsmeau, *op. cit.*, p.158 ainsi qu'un arrêt postérieur, Civ., Charleroi, 15 novembre 1991, *Journal de Tribunaux* 1992, p. 226.

qui possèdent une valeur pécuniaire, indépendamment de leur lien avec le domaine de l'ordre public<sup>647</sup>.

119. Par conséquent, à la lumière des conclusions issues des débats parlementaires accompagnant la réforme du droit de l'arbitrage, le contrôle de l'arbitrabilité des litiges par le juge étatique s'est déplacé. À la place d'intervenir en amont – à travers le contrôle de la recevabilité des litiges potentiellement arbitrables, ce dernier s'effectue dorénavant en aval de la procédure, puisqu'il se concentre sur la sentence arbitrale<sup>648</sup>. Pourtant, la Cour de cassation de Belgique n'a pas pris position jusqu'à présent sur le renforcement du contrôle des tribunaux étatiques sur les sentences arbitrales affectant l'ordre public. Seule la décision du 22 juin 2009 rendue par la cour d'appel de Bruxelles<sup>649</sup> a retenu, s'inspirant en cela de la jurisprudence française, une interprétation restreinte des modalités de l'annulation des sentences arbitrales<sup>650</sup>.
120. Cependant, comme c'est le cas des recours en annulation faisant appel à la violation de l'ordre public, une telle démarche, basée sur le défaut d'arbitrabilité, est rarement soulevée devant les tribunaux, suivant la doctrine belge<sup>651</sup>. Selon nous, ce phénomène doit être évalué positivement dès lors que l'efficacité de l'institution arbitrale en découle directement. Il ne semble pas que l'amendement de 2013 ait apporté de bouleversements à cet égard, d'autant plus que la modification du critère de l'arbitrabilité, analysée ci-dessus, tend à la libéralisation et la clarification des critères permettant le recours à un arbitre<sup>652</sup>. Avant la réforme de 2013, l'inarbitrabilité, en tant que motif *ex officio* de l'action en annulation des sentences arbitrales<sup>653</sup>, a été présentée

---

<sup>647</sup> Il existe aussi des exemptions en vertu de dispositions spéciales (l'art. 1676 § 4 du bCj).

<sup>648</sup> V., en ce sens, O. Caprasse, *Les sociétés et l'arbitrage*, *op. cit.*, p. 33 et s.

<sup>649</sup> Bruxelles 22 juin 2009, *RCB* 2009, p. 41.

<sup>650</sup> Cf. l'analyse de la jurisprudence belge actuelle: O. Caprasse, « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-arbitra* 2013 (1), pp. 137 – 168.

<sup>651</sup> G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, pp. 466 et s.

<sup>652</sup> Cf. L. Sokołowska, « Significance of arbitrability as the ground for annulment of arbitral awards – some comparative observations in light of recent amendments to Belgian arbitration law », *op. cit.*, pp. 79-93; L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », *op. cit.*, pp. 245-254.

<sup>653</sup> L'art. 1704 § 2 du bCj antérieur à la réforme de 2013. Le catalogue actuel des motifs justifiant une demande d'annulation d'une sentence arbitrale se trouve à l'art. 1717 § 3 du bCj.



par la doctrine du droit belge<sup>654</sup> comme une condition fondamentale, à côté de la capacité à compromettre, de la validité d'une convention d'arbitrage et dont le défaut cause la nullité absolue de la sentence arbitrale<sup>655</sup>, à la différence de l'incapacité<sup>656</sup>. Suite à la réforme, et sans que sa nature juridique en ait été modifiée, l'arbitrabilité semble avoir perdu de son importance en tant que condition fondant la demande en annulation d'une sentence arbitrale<sup>657</sup>. En effet, à la lumière de la réforme du droit belge, la doctrine, essentiellement intéressée par d'autres questions, a toutefois mis l'accent sur l'efficacité du déplacement en première instance de l'action en annulation (sauf en cas de rectification d'une sentence, les parties pouvant se pourvoir en cassation)<sup>658</sup>. Par ailleurs, la doctrine a également insisté sur le lien plus direct entre certaines conditions de l'action en annulation et la sentence arbitrale, dont notamment l'obligation de prouver leur incidence sur la sentence arbitrale, comme c'est le cas, entre autres, lors de l'indication par une partie des irrégularités dans les formations du tribunal arbitral<sup>659</sup>.

---

<sup>654</sup> En ce sens, G. Keutgen, G.-A. Dal, *op. cit.*, p. 467.

<sup>655</sup> Historiquement, se trouvait également en droit belge, parmi les causes de nullité absolue d'une sentence arbitrale, le défaut de capacité. Cf. B. Hanotiau, O. Caprasse, « L'annulation des sentences arbitrales », *Journal de Tribunaux* 2004, n° 413.

<sup>656</sup> Cf. L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », *op. cit.*, p. 253.

<sup>657</sup> *Ibid.*

<sup>658</sup> Sont désormais compétents, pour trancher la demande en annulation, les tribunaux de première instance d'Anvers, de Bruxelles, de Liège, de Mons et de Gand.

<sup>659</sup> Cf. L. Sokołowska, « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », *op. cit.*, p. 253

## CONCLUSION DU TITRE I

121. L'ordre public constitue traditionnellement le cadre normatif de l'arbitrabilité. Il forme pourtant un concept à différentes facettes qui varie d'un ordre juridique à l'autre. C'est une notion fragmentée et son interprétation par rapport à l'arbitrage n'est pas homogène au sein des législations étudiées. Dès lors, son lien avec l'arbitrabilité peut être illustré à l'aide des différents modèles. Dans les ordres juridiques dans lesquels il constitue un concept doctrinal, son impact sur l'arbitrabilité est important, comme c'est le cas en droit français. Au sein des ordres juridiques où l'ordre public est défini par la jurisprudence, son influence sur le domaine arbitral peut être atténuée par celle-ci, comme c'est le cas en droit de Common Law. De même, lorsque les législations n'ont pas développé de concept omniprésent d'ordre public, sa portée sur l'arbitrabilité sera également limitée, comme c'est le cas en droit polonais.
122. Indépendamment de la position d'une législation par rapport au concept d'ordre public, son rôle diminue successivement au sein des ordres juridiques. À cet égard, la fonction des autres critères, en tant que critères des litiges arbitrables, augmente, quoique leur interprétation puisse rester enracinée dans le concept d'ordre public.
123. Tel est notamment les cas de la libre disponibilité des droits qui constitue un critère central d'arbitrabilité dans les droits romanistes et un critère référentiel au sein des droits germaniques. À cet égard, un législateur confronté au problème de la nature juridique duale de la transigibilité, construite autour des conditions inhérentes aux rapports substantiels et procéduraux, en substituant le critère de la libre disponibilité à celui de transigibilité, se situerait à mi-chemin, ce premier étant référentiel par rapport au deuxième, tout en comportant des limites qui lui sont propres.
124. De plus, dans les ordres juridiques dans lesquels l'ordre public ne constitue pas un obstacle distinctif à l'arbitrabilité, les efforts doctrinaux visant à garantir l'autonomie d'un critère face à celui-ci, n'apportent pas de valeur ajoutée. Plutôt, les législateurs auraient meilleur compte à clarifier surtout le domaine arbitral des litiges patrimoniaux en choisissant un critère matériel, basé sur la nature de ces litiges. À cet égard, même si le contexte pragmatique des solutions législatives suisses paraît trop peu universel sur le plan normatif et extra-juridique, l'exemple des législateurs

allemand et autrichien, ainsi que du législateur belge, pourrait servir d'inspiration tant pour les ordres juridiques de la tradition germanique que romaniste. Une telle solution semble également remédier aux enjeux de la méthode conflictualiste.

125. En revanche, la question de l'efficacité des critères « composites » reste ouverte, comme ceux adoptés en droit belge, à l'égard de la délimitation des litiges patrimoniaux et extrapatrimoniaux. On peut se demander si le critère de la transigibilité dans le cas des litiges extrapatrimoniaux, ne devrait pas être remplacé par celui de la libre disponibilité, au moins dans le cas des ordres juridiques « détachés » de l'ordre public. Pourtant, l'exemple récent tiré de la réforme du droit polonais en 2019 démontre que le critère de transigibilité peut être maintenu à cet égard. L'enjeu futur sera pourtant d'adapter ce critère aux litiges mixtes, tant patrimoniaux que non patrimoniaux.

## TITRE II

### LES CRITÈRES D'ARBITRABILITÉ À L'ÉPREUVE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

126. Après avoir analysé les différentes approches à l'arbitrabilité et la diversité de ses critères, nous avons constaté la polysémie de la notion. La complexité sémantique de l'arbitrabilité étant déjà visible au travers le chevauchement des standards législatifs, l'étude du phénomène de *favor arbitrandum* serait-elle encore plus complexe si nous déplaçons notre analyse vers le contexte plus large de l'arbitrage international ? Pour pouvoir y donner une réponse pertinente, nous tenterons d'élargir l'étude de l'évolution des critères matériels de l'arbitrabilité au sein des droits nationaux. À l'égard de la technique législative adaptée aux besoins de l'arbitrage international, il faudrait d'abord constater quelles sont les contours de l'arbitrabilité à la lumière de réglementation moniste et dualiste de l'arbitrage (**Chapitre I**). Ensuite, nous nous mettrons à la recherche d'un concept transnational de l'arbitrabilité, en examinant ses critères uniformes et fonctionnels (**Chapitre II**).

## CHAPITRE I. LE CHEVAUCHEMENT DES CRITÈRES DE L'INTERNATIONALITÉ DE L'ARBITRAGE ET DE L'ARBITRABILITÉ DU LITIGE

127. Le noyau dur du présent chapitre, autour duquel nous allons construire l'analyse de l'arbitrabilité, est le concept d'internationalité de l'arbitrage. Sous forme d'un cadre international de l'arbitrage, il implique des conséquences pratiques pour celui-ci. Sans influencer sa nature, l'internationalité change son contexte juridique et impose son adaptation aux particularismes des transactions internationales<sup>660</sup>.
128. Cependant, l'internationalité en arbitrage, à l'instar de l'internationalité des contrats, ne constitue pas un concept homogène. Il est possible de trouver deux fondements à cette hétérogénéité. L'un, matériel, qui se réfère aux aspects économiques du rapport substantiel, et l'autre, formel, qui se fonde sur un élément d'extranéité, en impliquant automatiquement le raisonnement en termes de conflit des lois. En ce sens, les critères d'internationalité des contrats, adoptés en droit de l'arbitrage, semblent refléter à un certain point la position de législateur par rapport à celle-ci. Ceux qui subordonnent l'internationalité aux critères formels, liés au siège de l'arbitrage ou subjectifs – liés au domicile des parties, suivent plutôt la deuxième hypothèse. Ceux qui, pour déterminer le caractère international de l'arbitrage, retiennent par contre des critères matériels et objectifs, reposant sur le caractère économique de litige, essaient de mettre en exergue l'autonomie et le libéralisme des transactions économiques internationales.
129. À cet égard, les ordres juridiques démontrent une tendance à traiter différemment l'arbitrage interne et international<sup>661</sup>. L'ancrage nécessairement fort de l'arbitrage

---

<sup>660</sup> P. Lalive, Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale ? In E. Philippin et al (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, CEDIDAC, Lausanne 2009, p.255.

<sup>661</sup> Notre démonstration se réfère à la problématique des conflits de lois seulement dans une moindre mesure. Cf. *infra* l'étude de la logique territorialiste dans les systèmes monistes. À cet égard, il faut préciser que l'arbitrage international n'est pas le même concept que l'arbitrage « étranger », ce dernier pouvant être tant interne qu'international du point de vu de droit du pays du *for*. Toutefois, même s'il était possible de distinguer l'arbitrage « purement interne » de l'arbitrage « international, contenant un élément d'extranéité », de nombreux problèmes se posent, reflétant la nature de l'arbitrage à l'épreuve de la méthode conflictualiste, comme par exemple, dans le cas de l'arbitrage « international, contenant un élément d'extranéité », le choix des normes spécifiques, applicables au fond du litige, qui sera plus

interne dans l'État du siège renforce cette dichotomie. L'arbitrage interne contient donc traditionnellement plus des normes impératives, le contrôle *ex post* des sentences arbitrales étant plus marqué et la proximité avec le droit judiciaire constituant un phénomène répandu. L'arbitrage international relève, par contre, une proximité plus forte avec le commerce international, et semble plus libéral, y compris au niveau de contrôle des sentences. Son détachement de la *lex fori*, demeurant néanmoins partiellement illusoire, incite des législateurs à trouver un équilibre entre l'intérêt juridique visant à régler l'arbitrage d'une manière transparente d'un côté, et l'ouverture aux aspects internationaux de l'autre.

130. Là où le caractère (interne ou international) de l'arbitrage affecte les tendances *in favorem arbitrandum*, les critères de l'internationalité et de l'arbitrabilité se chevauchent. En effet, les ordres juridiques peuvent réglementer l'arbitrage selon un système moniste, adoptant le même régime pour l'arbitrage interne et l'arbitrage international (**Section I**). Ils peuvent alternativement opter pour un système dualiste, distinguant l'arbitrage interne de l'arbitrage international (**Section II**). L'idée des systèmes monistes et dualistes ainsi conçus<sup>662</sup> se justifie si on admet la création des régimes nationaux de l'arbitrage dans le contexte de l'évolution de l'arbitrage

---

envisageable que l'application d'un droit étranger, en fonction de la provenance d'élément d'extranéité, cf. A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...), op. cit.*, p. 137.

<sup>662</sup>

La dichotomie utilisée dans ce chapitre entre les systèmes monistes et les systèmes dualistes renvoie uniquement au droit de l'arbitrage, à l'exclusion des différents sens qu'elle revêt dans la doctrine publiciste. Ainsi, s'agissant du droit international public, l'opposition entre monisme juridique et dualisme juridique recouvre deux questions qui, bien qu'elles soient étroitement liées, doivent être distinguées. La première concerne les rapports entre ordres juridiques et consiste à déterminer si le droit international et le droit interne forment un tout ou s'ils constituent deux ordres juridiques distincts. Dans le premier cas, que l'on nommera monisme juridique, deux variantes sont possibles, selon que le droit international procède du droit interne – c'est le monisme à primauté du droit interne – ou qu'il en découle – c'est le monisme à primauté du droit international. Dans le second cas, l'existence de deux ordres juridiques distincts, ayant chacun leur propre fondement – la Constitution pour l'ordre juridique interne et la volonté des États pour l'ordre juridique international – justifiera que l'on parle de dualisme juridique. En ce qui concerne la seconde question, elle a trait aux modalités constitutionnelles d'application du droit international en droit interne. Ainsi, on distinguera les systèmes monistes, où les normes internationales sont reçues comme telles – sous réserve de leur effet direct – sans qu'aucun acte intermédiaire ne soit nécessaire, des systèmes dualistes qui requièrent l'adoption de mesures nationales de transposition pour incorporer les normes de droit international dans l'ordre juridique interne. Sur le monisme juridique et le dualisme juridique en droit international public, v. A. Alland, *Droit international public*, 1<sup>ère</sup> éd. spéc., PUF, Paris 2000, pp. 353-397; J. Combacau, «Mettre de l'ordre dans les relations des ordres», Préface à C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique : traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, Paris 2001, pp. I-XIV; A. Pellet, «Vous avez dit 'monisme'? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française», In *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris 2006, pp. 827-857.

international.<sup>663</sup> La question se pose de savoir quel système de ces deux est celui qui est le plus favorable à l'arbitrabilité et quelles sont les tendances agissant *in defavorem arbitrandum*. Entre les deux systèmes en question, l'accueil réservé à l'arbitrabilité est-elle comparable ou existerait-il une différence en faveur d'un régime par rapport à l'autre ? La méthode choisie affecte-elle en même temps la réglementation de l'arbitrabilité, un phénomène aux prises tant avec la puissance de l'ordre public en matière interne qu'avec l'autonomie de l'arbitrage en matière internationale ?

## SECTION I. L'ARBITRABILITÉ DANS LES SYSTÈMES MONISTES

131. L'objectif de réglementation moniste de l'arbitrage interne et de l'arbitrage international est de les traiter de manière identique. Procédant de l'idée selon laquelle « *ce qui est bon pour l'arbitrage international l'est aussi pour l'arbitrage interne* »<sup>664</sup>, cette approche a pour objectif de réduire le risque d'une réglementation détaillée de l'arbitrage interne, notamment sur le soutien judiciaire, qui pourrait créer incertitudes et vides juridiques lorsque le litige en jeu concerne la matière internationale<sup>665</sup>.
132. Les systèmes monistes reprennent en grande partie la loi type de la CNUDCI, ce qui n'est pas surprenant, compte tenu du fait qu'elle vise des standards universelles, une qualité étant recherchée non seulement par l'arbitrage international, mais également par l'arbitrage interne. L'approche retenue par la loi modèle des critères d'internationalité est néanmoins formelle et territorialiste, l'accent étant mis sur une

---

<sup>663</sup> V., en ce sens, A. W. Wiśniewski, « Modele krajowej regulacji prawa o arbitrażu krajowym », In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego, op. cit.*, pp. 121-128. L'auteur emploie la notion de « *model szczególnej regulacji arbitrażu międzynarodowego* » (modèle de la réglementation particulariste de l'arbitrage international) et « *model zintegrowanej regulacji arbitrażu* » (modèle de la réglementation intégrée de l'arbitrage).

<sup>664</sup> J. – F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet and Maxwell, London/Zürich 2007, p. 27. L'expression a été abordée par J. C. Fernandez Rozas, « Arbitrage interne et international : la réglementation soi-disant unitaire en Espagne », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010, p.198.

<sup>665</sup> V., en ce sens, J. C. Fernandez Rozas, *op.cit.*, p.198.

conception subjective et relative de l'extranéité<sup>666</sup>. Les inconvénients d'une réglementation unitaire, affectant l'arbitrage international, dont la logique souhaitée est davantage « objectivement universelle » que « subjectivement étrangère », peuvent être pourtant corrigés à l'aide de dispositions spécifiques, aménagées pour des litiges internationaux<sup>667</sup>. De telles normes, en s'appliquant, à titre d'exemple, à l'arbitrabilité et la validité de la convention d'arbitrage, procède de la même logique internationaliste que la Convention de New York, lorsqu'elle soumet leurs standards aux normes procédurales des ordres juridiques singuliers pour en écarter les particularismes<sup>668</sup>.

133. Impliquant donc le plus souvent l'application de la loi modèle de la CNUDCI et des critères formels d'internationalité, le choix favorable au système moniste se caractérise également par l'existence d'un seul critère d'arbitrabilité. C'est le cas par exemple de la Pologne, de l'Allemagne et de la Serbie. Les schémas mêmes de relation entre les critères d'internationalité et d'arbitrabilité peuvent être pourtant différents. Ainsi, le système moniste peut également se baser sur un critère matériel d'internationalité, combiné avec un critère d'arbitrabilité, lequel sera accompagné de normes spécifiquement adaptées à l'arbitrage international, comme c'est le cas en Espagne ou en Italie. De tels ordres juridiques sont définis par certains auteurs comme « intermédiaires »<sup>669</sup>. Enfin, certains modèles monistes, à l'instar du droit croate, adoptent deux critères différents de l'arbitrabilité en matière interne et internationale, sans pour autant libéraliser la réglementation de l'arbitrage international.

---

<sup>666</sup> L'art 1, point, 2 de la loi modèle de la CNUDCI prévoit que ladite loi s'applique si le lieu de l'arbitrage est situé sur le territoire du présent État. Selon l'art. 1, point, 3 de cette loi, l'arbitrage est international, si « a) Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents; ou b) Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement: i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention; ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit; c) Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays ».

<sup>667</sup> En ce sens, J. C. Fernandez Rozas, *op.cit.*, pp. 199 et s.

<sup>668</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>669</sup> A. Bonomi, « Monisme et dualisme », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international (...)*, *op. cit.*, pp. 170 et s.



134. Dans la présente section nous allons évaluer l'impact de l'internationalité sur l'arbitrabilité dans l'approche législative moniste « classique » (**Paragraphe 1**) et « intermédiaire » (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1. La logique territorialiste dans les systèmes monistes classiques – l'exemple du droit polonais***

135. Les systèmes monistes classiques, comme celui adopté par le droit polonais, réglementent les deux types d'arbitrage au sein d'un seul corpus normatif. Toutefois, eu égard à la logique territorialiste, l'arbitrage est divisé entre celui « purement interne » auquel est applicable le droit de l'arbitrage du pays du for, et celui « purement étranger » auquel ce régime ne s'applique pas, indépendamment des liens avec le pays du for. En pratique, cette distinction sert surtout à la détermination de la compétence judiciaire, qui veut que, selon le principe territorialiste, les cours étatiques, sauf en cas de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales étrangères, ne tranchent pas les questions concernant l'arbitrage « étranger »<sup>670</sup>.
136. Après la transformation du régime politique et économique des années 1990, le droit polonais de l'arbitrage a retenu l'attention de la doctrine, qui a cherché à moderniser cette branche de droit, notamment quant à l'arbitrabilité objective et au modèle de réglementation générale. Au modèle traditionnellement régi par le code de la procédure civile, les auteurs de la réforme ont voulu ajouter une réglementation séparée pour l'arbitrage international commercial, entièrement basée sur la loi type de la CNUDCI. Une telle conception a toutefois été rejetée, en raison de postulat de libéralisation maximale de l'arbitrage national et du risque de redondance des normes de celui-ci avec les dispositions issues de la loi modèle mentionnée ci-dessus. Une réglementation dualiste s'opposait également à la tradition législative polonaise, basée sur les conceptions germaniques. Finalement, le législateur s'est décidé à adopter le modèle provenant du droit allemand, modifié en 1998. Ainsi, le régime unitaire de l'arbitrage,

---

<sup>670</sup> En ce sens A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...), op. cit.*, pp. 137 et s.

faisant partie du Code de la procédure civile (partie V), a été basé sur les normes de la loi type de la CNUDCI.

137. Suivant la logique territorialiste, l'art. 1154 du pCPC prévoit que les dispositions relatives au régime de l'arbitrage polonais s'appliquent aux arbitrages rendus en Pologne. En revanche, si le siège d'arbitrage se trouve à l'étranger ou n'est pas indiqué, les dispositions polonaises s'appliquent uniquement en matière aux fins de détermination du siège d'arbitrage, de la compétence judiciaire des cours étatiques polonaises, de l'effet négatif de la clause compromissoire, des mesures conservatoires devant le tribunal arbitral octroyées par le juge judiciaire, de l'entraide judiciaire, de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères<sup>671</sup>.
138. Selon l'art. 1155 § 1 du pCPC, les parties à l'arbitrage sont libres d'indiquer que le siège de celui-ci est situé hors de Pologne, aucun élément d'extranéité n'étant exigé. Ainsi, il est possible de déroger aux dispositions de la partie V du pCPC, y compris dans le cas du litige interne. Symétriquement, il serait d'ailleurs possible de choisir la Pologne comme siège d'arbitrage dans une affaire « étrangère », à laquelle les dispositions du régime polonais de l'arbitrage s'appliqueraient en bloc. Dans le même sens, la compétence du juge judiciaire polonais existe dans tous les cas des arbitrages dont le siège se situe en Pologne. Si par contre les parties ont indiqué le siège dehors de Pologne, une telle compétence existe uniquement dans des cas limités, indiqués à la partie V du pCPC (l'art. 1156 du pCPC).
139. Malgré le fait que le droit polonais de l'arbitrage soit basé en grande partie sur la loi de la CNUDCI, il ne précise pas, contrairement aux ordres juridiques étudiés dans le présent chapitre, le critère d'internationalité. Comme nous le constaterons plus loin s'agissant des systèmes monistes intermédiaires, un tel critère se justifie lorsque les régimes prévoient des normes spéciales en matière d'arbitrage international. En droit polonais, à l'instar des droits allemand et autrichien, dès lors que de telles normes n'existent pas, une définition d'internationalité devient donc inutile. Selon le

---

<sup>671</sup> Les articles 1155, 1156, 1165, 1166, 1192, 1215, 1216 du pCPC.

législateur polonais, une telle solution répond aux besoins du commerce juridique moderne « *dont la portée est principalement internationale* »<sup>672</sup>.

140. Tenant compte de l'approche territorialiste et de l'absence des normes spéciales applicables à la matière internationale de l'arbitrage en droit polonais, il nous paraît opportun de dégager l'influence modeste d'un tel modèle sur la vision libérale d'arbitrabilité<sup>673</sup>. En revanche, le principe territorialiste implique une réflexion sur le droit applicable à l'arbitrabilité. Le critère de transigibilité sera appliqué à l'arbitrabilité par le tribunal arbitral, s'il siège en Pologne, alors que, comme nous avons déjà démontré ci-dessus, le juge judiciaire appliquera le plus souvent des critères d'arbitrabilité en fonction de la *lex fori* ou de la *lex arbitri* (si identique avec la *lex fori*). De tels principes, en combinaison avec la logique de l'art. 1154 du pICPC, pourraient indiquer que ce dernier constitue une règle de rattachement. Toutefois, comme le souligne à juste titre A. W. Wiśniewski, une telle approche conduirait à des absurdités, notamment au plan international<sup>674</sup>. Ainsi, serait-il opportun, suivant le raisonnement de cet auteur, d'appliquer le standard polonais à l'arbitrabilité au cours de l'arbitrage se déroulant en Pologne et portant, à titre d'exemple, sur un contrat entre une partie allemande et lithuanienne, dont l'objet litigieux serait une obligation découlant d'un titre soumis au droit français selon les règles polonaises des conflits de lois<sup>675</sup>? Dans un tel cas, il nous paraît évident que le choix de la Pologne comme siège de l'arbitrage serait uniquement pragmatique ou reposerait sur la neutralité présumée du for. Néanmoins, le fait que l'arbitrabilité des titres ait été en Pologne une question discutée pendant longtemps, pourrait agir en défaveur de l'arbitrage dans l'hypothèse de l'application du droit polonais<sup>676</sup>. Dans la mesure où il existe en droit polonais des

---

<sup>672</sup> La position de la Commission du droit civil, citée par R. Morek, cf. R. Morek *op. cit.*, p. 110.

<sup>673</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

<sup>674</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, pp. 183 et s.

<sup>675</sup> V., en ce sens, *ibid.*, notamment, selon l'art. 31 de la loi sur droit international privé du 4 février 2011, Dz. U. de 2011. n° 80, pos. 432, l'obligation résultant d'un titre autre qu'une lettre de change et un chèque est soumise à la loi du pays dans lequel le titre a été émis ou diffusé.

<sup>676</sup> L'arbitrabilité des litiges portant surtout sur des lettres de change et la compétence de l'arbitre concernant l'injonction à payer n'était pas clairement admise en droit polonais. Cf. la position définitivement défavorable de la Cour d'appel de Gdańsk, SA Gdańsk, 7 juillet 1996, I ACr 560/96, *Pr.Gosp.* 1997/1/63-67; l'opinion favorable de la Cour suprême, SN, 2 avril 2003, I CK 287/02, *OSNC* 2004/ 6/100; la position favorable quant à l'arbitrabilité des litiges portant sur des lettres de change et

limites à l'arbitrabilité qui sont inséparables du droit interne (ou de l'ordre public interne), comme en matière d'assurances sociales<sup>677</sup> et de clauses abusives dans les contrats avec le consommateur<sup>678</sup>, une simple règle postulant l'application de la *lex fori*, ou la *lex arbitri* à la détermination de l'arbitrabilité du litige devrait être nuancée et adaptée en tenant compte du régime des conventions internationales applicables<sup>679</sup>.

141. D'ailleurs, en comparant le modèle polonais avec d'autres ordres juridiques post-socialistes, également basés sur la loi modèle de la CNUDCI et s'inscrivant dans le schéma moniste de réglementation de l'arbitrage, nous arrivons à la conclusion que, même parmi les régimes potentiellement comparables, la position envers l'internationalité varie et n'est pas nécessairement défavorable à l'arbitrabilité en matière internationale à cause du régime uniforme de l'arbitrage. Par exemple, le droit serbe reprend explicitement le critère d'internationalité de la loi modèle de la CNUDCI, ce qui permet une approche *in favorem arbitrandum* en matière internationale. Ainsi, selon ce droit, l'arbitrage est international si un élément d'extranéité s'applique à son objet, sa nature découlant, comme d'ailleurs en droit espagnol, du domaine des relations commerciales internationales<sup>680</sup>. Dans le cas d'un tel arbitrage, les parties sont autorisées à choisir le droit applicable au fond du litige et à la procédure<sup>681</sup>. Il convient toutefois de noter que ni la doctrine, ni la jurisprudence serbe, ne se sont pour l'instant prononcées sur la question de la nullité des conventions d'arbitrage portant sur des litiges inarbitrables en matière internationale, la règle libérale susmentionnée étant

---

défavorable quant à l'injonction à payer de la Cour suprême, SN, 16 décembre 2010, I CSK 112/10, *Biuletyn SN* 2011/4.

<sup>677</sup> L'art 477<sup>12</sup> du pICPC se réfère exclusivement aux assurances sociales polonaises et prévoit l'intransigibilité des litiges portant sur un tel objet.

<sup>678</sup> L'art. 479<sup>41</sup> du pICPC porte exclusivement sur les modèles de clauses abusives soumis à la compétence exclusive de l'Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs à Varsovie, ci-après l'UOKiK, selon les articles 385<sup>1</sup>-385<sup>3</sup> du pICc.

<sup>679</sup> V., en ce sens, A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, pp. 184 et s.

<sup>680</sup> L'art. 3 de la loi serbe de l'arbitrage de 2006, cf. N. Bakic, *op. cit.*, pp. 62 et s. La portée de l'arbitrabilité est définie selon l'art. 5(1) de la loi serbe de l'arbitrage, traduit en anglais par N. Bakic, *op. cit.*, p. 64, comme suit: «[a]rbitration may be agreed to resolve pecuniary claims regarding the rights exercised freely by the parties concerned, save the disputes for which an exclusive jurisdiction of the court is set out.»

<sup>681</sup> Les articles 2. 2, 32 et 50. 2 de la loi serbe de l'arbitrage de 2006.

généralement impérative tant pour l'arbitrage interne qu'international<sup>682</sup>. Par contre, s'agissant par la suite du droit croate, ce dernier, en déterminant l'internationalité selon le critère territorialiste, adopte deux critères différents d'arbitrabilité – en matières interne (la libre disponibilité) et internationale (à défaut de compétence d'une cour croate)<sup>683</sup>, ce qui agit en défaveur de l'arbitrage international qui ne peut pas avoir son siège sur le territoire croate<sup>684</sup>. Des propositions doctrinales, favorables à l'arbitrage interne, en se basant sur l'ambiguïté de l'art. 3 de la loi croate de l'arbitrage, notamment concernant la portée de la notion de la « cour », essayent d'inclure l'arbitrage dans celle-ci<sup>685</sup>. À cet égard, la portée du domaine arbitrable en matière interne serait plus large qu'en matière internationale, non en raison de la réglementation de l'arbitrage, mais eu égard aux critères utilisés et leur interprétation.

**Paragraphe 2. L'internationalisation de l'arbitrabilité dans les systèmes monistes  
« intermédiaires »**

142. L'approche intermédiaire de la réglementation de l'arbitrage semble représenter un compromis législatif entre le modèle moniste et dualiste. Des normes spéciales, applicables à l'arbitrage international, peuvent être dérogatoires au régime de droit commun, jouant également un rôle complémentaire. Le modèle intermédiaire n'est pas homogène, son « dualisme » à l'intensité variable étant toutefois moins radical que dans les ordres juridiques séparant le régime interne et international.
143. Prenons l'exemple du droit espagnol (A) et italien (B). Manquant de constance dans leur politique législative, ces deux ordres juridiques, sont illustratifs des efforts du

---

<sup>682</sup> L'art. 10 de la loi serbe de l'arbitrage de 2006.

<sup>683</sup> L'art. 3. de la loi croate de l'arbitrage de 2001, traduit en anglais par. N. Bakic, *op. cit.*, pp. 73 et s. prévoit: « (1) Parties may agree on domestic arbitration for the settlement of disputes regarding rights of which they may freely dispose. (2) In disputes with an international element, parties may also agree on arbitration outside the territory of the Republic of Croatia, unless it is provided by law that such a dispute may be subject only to the jurisdiction of a court in the Republic of Croatia ».

<sup>684</sup> Cf. N. Bakic, *op. cit.*, p. 64: « All arbitration with its seat in Croatia's territory is deemed domestic. It follows that there is no international arbitration with its seat in Croatia ».

<sup>685</sup> N. Bakic, *op. cit.*, pp. 67 et s.

législateur, entrepris afin d'adapter l'arbitrage à la réalité juridique et économique du marché.

## A. En droit espagnol

144. Le droit espagnol a été longtemps marqué par une position défavorable à l'arbitrage international. Depuis des années 1950, trois lois d'arbitrage ont été adoptées – en 1953 (la loi de l'arbitrage de droit privé), en 1988 (la loi de l'arbitrage) et en 2003 (la loi de l'arbitrage<sup>686</sup>). Au fil des années, le droit espagnol de l'arbitrage a largement évolué, en commençant par l'étape de « *proximité traditionnelle avec le droit judiciaire interne* » et le formalisme poussé des réglementations civilistes, incompatibles avec les impératifs commerciaux<sup>687</sup>. Les relations avec l'extérieur étant d'ailleurs quasi inexistantes, il y a eu lieu une incorporation tardive de l'arbitrage institutionnel et du régime conventionnel international, ce qui a abouti à la coexistence disharmonieuse entre ce dernier et les normes du droit interne<sup>688</sup>. Avec l'introduction du système dualiste en 1998, la dissonance entre la matière interne et internationale s'est même renforcée. En 2003, choisissant finalement un régime unitaire basé, à l'instar du droit français, sur le critère matériel d'internationalité et sur le standard de libre disponibilité des litiges arbitrables<sup>689</sup>, le législateur espagnol a décidé d'introduire pour la première fois, non sans paradoxe au sein d'un système moniste, un critère d'internationalité.

---

<sup>686</sup> La loi de l'arbitrage (loi 60/2003), promulguée le 23 décembre 2003, publiée au *Boletín Oficial del Estado* le 26 décembre 2003, ci-après la loi de 2003.

<sup>687</sup> J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, p. 201.

<sup>688</sup> P. ex. la réglementation moniste de la loi de 1953 traitait la clause compromissoire comme un « contrat préliminaire d'arbitrage », suivi obligatoirement par la conclusion d'une convention d'arbitrage dans le sens propre. Le même régime était employé pour la matière interne et internationale, J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, p. 210.

<sup>689</sup> Le critère d'internationalité est basé sur un déterminant matériel sans être dépourvu, toutefois, des éléments distinctifs de l'extranéité. L'art. 3 al. 1. c de la loi de 2003 prévoit que l'arbitrage est international si la relation juridique, dont découle le différend, met en cause les intérêts du commerce international. Pourtant, l'arbitrage peut également être qualifié d'international, si les parties ont leur domicile dans les pays différents au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (l'art 3 al. 1.a de la loi de 2003), ou le lieu de l'arbitrage, déterminé dans la convention d'arbitrage ou en vertu de celle-ci, le lieu d'exécution d'une partie substantielle des obligations de la relation juridique fournie par le différend ou le lieu avec lequel il a une relation la plus étroite, est situé en dehors de l'État dans lequel les parties ont leur domicile (l'art. 3 al. 1.b de la loi de 2003). L'art. 2 al. 1 de ladite loi prévoit : « *[s]on susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho* ».

Suivant le postulat mentionné ci-dessus, selon lequel « *ce qui est bon pour l'arbitrage international l'est aussi pour l'arbitrage interne* », la réforme espagnole avait pour but d'éliminer la dissonance entre les normes s'appliquant en matière interne et en matière internationale<sup>690</sup>. Afin d'atteindre cet objectif, le législateur s'est inspiré par la loi de la CNUDCI et a choisi d'octroyer au régime de l'arbitrage un cadre d'application générale.

145. Le choix du système moniste en Espagne était, comme c'est le cas du droit polonais, lié au nombre limité d'arbitrages internationaux rendu en ce pays. Selon la doctrine espagnole, s'il n'abandonnait pas le système dualiste, le législateur risquait l'interprétation des nouvelles dispositions modernisées selon des standards dépassées, comme ce fut le cas suite de la réforme de 1988<sup>691</sup>. En revanche, le système moniste, accompagné des aménagements nécessaires en arbitrage international, permettait d'interpréter la même disposition plus rigoureusement en matière interne et d'une manière plus libérale en arbitrage international. Il serait donc également possible de construire le concept de l'ordre public, ajustant son contenu à la spécificité du commerce international ou du droit interne<sup>692</sup>.
146. Ainsi, parmi des aménagements législatifs faits en faveur de l'arbitrage international, une solution *in favorem arbitrandum*, qui intéresse le plus notre démonstration, est inscrite en art. 9.6 de la loi de 2003. Elle comprend une norme de conflit de nature alternative pour favoriser l'arbitrage du litige, en agissant en même temps *in favorem validitatis* de la convention en présence d'un élément d'extranéité. La disposition prévoit que la convention d'arbitrage en matière internationale et l'arbitrabilité du litige sont valides si les conditions du régime établi par les « règles juridiques », choisies par les parties pour régir la convention d'arbitrage, par le droit applicable au fond du litige ou à la lumière du droit espagnol, sont remplies. Retenant une solution

---

<sup>690</sup> J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, pp. 209 et s.

<sup>691</sup> *Ibid.*, p. 210. L'auteur s'appuie sur les opinions de F. Mantilla Serrano.

<sup>692</sup> F. Mantilla Serrano, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage », *Revue de l'arbitrage*, 2004 (2), p. 237.

inspirée par l'art. 178 al. 2 de la LDIP du droit suisse<sup>693</sup>, le législateur espagnol semble toutefois aller au-delà de la portée de ce que requiert le droit suisse, puisque la formulation en droit espagnol étend le critère de rattachement alternatif, favorable à l'arbitrage, tant au fond qu'à la forme de la convention d'arbitrage ainsi qu'à l'arbitrabilité du litige<sup>694</sup>.

147. En effet, le caractère novateur de l'art. 9 de la loi de 2003 concerne l'ensemble des conditions de validité de la convention d'arbitrage qui, au moins pour les conditions de la forme, et bien plus largement que dans la loi type de la CNUDCI, résulte de la reconnaissance de l'existence et de la validité de la convention sous une condition unique : l'existence d'un accord entre les parties. Comme l'a justement remarqué un auteur, grâce à la combinaison des règles matérielles et des règles de conflits, ainsi que l'interprétation souple de la notion de « règles juridiques » au stade du contrôle du juge étatique, et eu égard à la possibilité d'application directe des dispositions espagnoles libérales en matière de forme, de validité et d'arbitrabilité de la convention, ou encore des principes généraux de l'arbitrage international, l'obstacle à l'admission de la validité de la convention d'arbitrage est surmonté<sup>695</sup>.
148. L'exemple suivant, inspiré également par le droit suisse, porte sur l'arbitrabilité subjective. Selon l'art. 2. 2 de la loi de 2003, l'État et des organismes publics ne peuvent pas invoquer les prérogatives de leur propre droit pour se soustraire aux obligations découlant de la convention d'arbitrage lorsque l'arbitrage est international. Ainsi, seules sont autorisées à soumettre leur litige à l'arbitrage les parties capables de disposer de leurs droits, qu'il s'agisse tant des personnes physiques que des personnes morales de droit privé ou de droit public. De la norme érigée à l'art. 2. 2, combinée avec l'art. 9.6 de la loi de 2003, découle une limitation significative de la possibilité de soulever l'inarbitrabilité du litige ou des restrictions relatives au statut de personne

---

<sup>693</sup> L'art. 178 al. 2 de la LDIP précise les conditions de validité de la conception d'arbitrage en matière internationale : « *Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse* ».

<sup>694</sup> V., en ce sens, l'analyse de F. Mantilla Serrano, *op. cit.*, p. 246.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 246.



morale de droit public ou d'arguer de l'immunité de juridiction, une fois le consentement à la convention d'arbitrage exprimé<sup>696</sup>.

149. Sachant également que la loi de 2003 reprend le critère de libre disponibilité après la loi de 1988, tous les litiges disponibles restent arbitrables. Le législateur espagnol va toutefois plus loin en ne reprenant pas de catalogue des différends inarbitrables, ce qui crée une sorte de présomption d'arbitrabilité, remplaçant la définition négative de celle-ci. En suivant au surplus une interprétation large de l'art. 9. 6 de la loi de 2003, une approche libérale au critère de libre disponibilité s'impose, ce qui ne rend inarbitrables que les matières relatives à l'état des personnes, à la responsabilité pénale et celles limitées par les dispositions spéciales<sup>697</sup>.
150. Finalement, malgré la nature généralement favorable à l'arbitrage international du régime espagnol, un certain doute subsiste, qui porte sur l'arbitrabilité dans le contexte du contrôle de la sentence arbitrale. La loi de 2003 qualifie les sentences arbitrales selon le pays d'origine. Ainsi, la sentence rendue en Espagne est considérée nationale, alors qu'elle est étrangère, si rendue hors du pays. Cela affecte le régime du recours en annulation, dont les modalités sont régies par l'art. 41 de la loi de 2003. Les conditions d'annulation – l'inarbitrabilité du litige et la violation de l'ordre public – sont applicables à tous les arbitrages rendus en Espagne, indépendamment de leur contenu<sup>698</sup>. Il est donc possible qu'une sentence arbitrale rendue en Espagne, mais portant sur les intérêts du commerce international, puisse être annulée pour cause d'indisponibilité du litige ou de contrariété avec l'ordre public. Sachant que la sentence portant sur les intérêts du commerce international « *n'a que peu de rapport avec le droit de l'État de siège* »<sup>699</sup>, le contrôle de l'arbitrabilité selon des standards de disponibilité en droit espagnol peut soulever des doutes.

---

<sup>696</sup> J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, p. 211.

<sup>697</sup> F. Mantilla Serrano, *op.cit.*, pp. 244 et s.

<sup>698</sup> J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, p. 213.

<sup>699</sup> *Ibid.*, p. 213.

## B. En droit italien

151. En Italie, d'une manière similaire à l'Espagne du point de vue de la « jonglerie » entre le régime dualiste et moniste, et avec une intensité comparable à la dynamique législative française, trois réformes se sont succédées en l'espace d'une vingtaine d'années – en 1983, 1993 et 2006<sup>700</sup>. S'en tenant dans un premier temps à l'arbitrage interne, le législateur italien a créé, par la suite, un régime séparé pour l'arbitrage international avec des normes spéciales qui dérogeaient partiellement aux régimes de l'arbitrage interne. Le droit italien est donc passé d'un système moniste à un système dualiste, ce qui a changé encore une fois avec la réforme de 2006, laquelle a supprimé la réglementation de l'arbitrage international et introduit de nouveau un système unitaire – un monisme « internationalisé »<sup>701</sup> cette fois. Dès lors, tous les arbitrages rendus en Italie sont soumis au même régime législatif. Le but de la réforme de 2006 était de garantir le progrès de l'arbitrage interne et de faire bénéficier l'arbitrage en matière interne de l'impact modernisateur de la réforme de 1993<sup>702</sup>. Pour cela, le législateur italien a toutefois aboli le régime propre à l'arbitrage international, et par voie de conséquence, l'approche controversée quant au potentiel de l'influence libéralisatrice de l'arbitrage international sur l'arbitrage interne<sup>703</sup>. Sachant que la réforme de 2006 portait non seulement sur la suppression des dispositions spécifiques de l'arbitrage international, mais également sur la modification de nombreuses dispositions spécifiques pour l'arbitrage interne, on pourrait conclure que, pour ce dernier, la réforme a constitué un changement positif. La reconnaissance explicite de l'arbitrabilité des litiges de responsabilité extracontractuelle ou du principe de l'interprétation étendue de la convention arbitrale en est une bonne illustration<sup>704</sup>. Par

---

<sup>700</sup> *Codice di procedura civile* (Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G. U. 28 ottobre 1940), *D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40*, Modifiche al codice di procedura civile in materia di *processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato* (in attuazione della Legge 14 maggio 2005, n. 80), Titolo VIII: DELL'ARBITRATO.

<sup>701</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage ? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international (...)*, *op. cit.*, p. 218.

<sup>702</sup> *Ibid.*, pp. 219 et s.

<sup>703</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>704</sup> L'art. 808-bis et l'art. 808-quater de l'iCPC (articles ajoutés par décret législatif n. 40/2006).

ailleurs, le législateur italien a décidé de maintenir une règle spécifique pour l'arbitrage international, portant sur les conséquences de l'annulation de la sentence arbitrale. Dans ce cas, le législateur a gardé un régime favorable à l'arbitrage international, qui constitue en même temps un progrès pour l'arbitrage interne (l'élimination du contrôle de l'application des règles de droit par les arbitres)<sup>705</sup>.

152. Pourtant, l'assimilation des deux régimes apporte également d'autres modifications du droit de l'arbitrage, par exemple l'ajout d'un motif d'annulation de la sentence inexistant avant la réforme et la tierce opposition en arbitrage international. Sans vraiment juger la portée de ces instruments, on peut pourtant conclure que l'unification des deux systèmes risque d'entraîner des restrictions excessives lors de l'application de la notion d'ordre public dans les cas de l'annulation des sentences, le concept devenant potentiellement identique tant en matière interne qu'en matière internationale<sup>706</sup>.
153. Le droit italien de l'arbitrage antérieur à la réforme de 2006 définissait l'internationalité à l'aide du critère territorial<sup>707</sup>, et l'arbitrabilité selon la notion de transigibilité<sup>708</sup>. Avec la réforme de 2006, le critère d'internationalité a perdu de son importance, alors que la référence à la transaction a été supprimée et que le critère de disponibilité a été inscrit explicitement dans le texte de loi.
154. Pour analyser l'impact du monisme italien sur l'arbitrabilité, il faut se concentrer non seulement sur le régime de réglementation de l'arbitrage en tant que tel, mais également sur le but principal de la réforme de 2006 qui était de moderniser celui-ci. Nous avons déjà mentionné les tendances *in favorem arbitrandum* en matière extra-contractuelle. Auparavant, dans la mesure où le compromis était valide en matière non contractuelle,

---

<sup>705</sup> L'exemple analysé par L. G. Radicati di Brozolo, « Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage ? (...) », *op. cit.*, p. 225.

<sup>706</sup> *Ibid.*, p. 231.

<sup>707</sup> Selon l'art. 832 de l'iCPC de 1994, l'arbitrage est qualifié international « [s]i, à la date de la signature de la clause compromissoire ou du compromis, au moins une des parties réside ou a son siège effectif à l'étranger ou si une part importante des services découlant de la relation faisant l'objet du litige doit être exécutée à l'étranger (...) ».

<sup>708</sup> L'art. 806<sup>1</sup> de l'iCPC de 1994.

la validité de clause compromissoire soulevait des doutes<sup>709</sup>. C'est pour cela que l'art. 808 de l'iCPC modifié autorise les parties à convenir, par une disposition spécifique, que des litiges portant sur des rapports de nature extra-contractuelle seront soumis à l'arbitrage si la convention d'arbitrage comprend une mention sur la nature de différends futurs<sup>710</sup>. Par ailleurs, avant la réforme de 2006, la question de suspension de la procédure arbitrale se posait en cas de question préalable portant sur l'arbitrabilité du litige. En effet, il ressort de l'ancien art. 819 de l'iCPC que, dans un cas de doute portant sur la disponibilité de la matière, l'arbitre n'avait pas le pouvoir de la trancher, la compétence revenant exclusivement au juge étatique. Allant à l'encontre du principe compétence-compétence, ce phénomène retardait le déclenchement potentiel de l'arbitrage, puisque les parties devaient atteindre la force de chose jugée de la décision juridictionnelle, le pouvoir discrétionnaire du juge constituant alors un obstacle additionnel<sup>711</sup>. En agissant *in favorem arbitrandum*, tant pour l'arbitrage interne que pour l'arbitrage international, le législateur italien a modifié l'art. 819 de l'iCPC, en permettant aux arbitres de trancher, sans que leur décision ait l'autorité de chose jugée, toutes les questions qui peuvent se poser au cours de l'arbitrage<sup>712</sup>.

## SECTION II. L'ARBITRABILITÉ DANS LES SYSTÈMES DUALISTES

155. Les droits de l'arbitrage en France et en Suisse sont dotés de régimes dualistes. Il n'est pas contestable que ces États, à forte tradition arbitrale et qualifiés d'avant-gardistes, visent à accroître l'attractivité de *lex arbitri* applicable aux arbitrages ayant lieu sur

---

<sup>709</sup> E. F. Ricci, « La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 17 octobre 2006, n° 290, p. 16.

<sup>710</sup> *Ibid.* M. Ricci prend l'exemple d'un litige portant sur une indemnisation en cas d'accident causé par un véhicule. La victime d'un tel accident pourrait demander une indemnisation non seulement de la part du conducteur mais également du propriétaire de la machine. Après la réforme de 2006, un litige éventuel entre le conducteur et le propriétaire, portant sur la répartition de la charge de l'indemnisation, pourrait être tranché par le tribunal arbitral, malgré l'absence d'obligation contractuelle.

<sup>711</sup> En ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, « Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage ? (...) », *op. cit.*, p. 229.

<sup>712</sup> Aux termes de l'art. 819 de l'iCPC actuellement en vigueur : « [l]es arbitres se prononcent sur toutes les questions pertinentes pour la résolution du litige, même si elles concernent des questions qui ne peuvent pas faire l'objet d'une convention d'arbitrage (...) ».

leurs territoires. Il paraît également que le contexte international est un moteur de l'essor général du droit de l'arbitrage au sein de ces législations. Le choix du système dualiste est-il compatible avec un tel objectif ?

156. À l'instar des systèmes monistes, les régimes dualistes n'offrent guère d'ensemble homogène des solutions. Le croisement des critères d'internationalité avec ceux d'arbitrabilité donne naissance aux différents modèles dualistes. Il sera donc envisageable qu'un tel modèle emploie un critère matériel d'internationalité et adopte un double critère d'arbitrabilité – séparément pour les matières interne et internationale, comme c'est le cas de droit français. Il sera également possible, qu'en choisissant un double critère d'arbitrabilité, le législateur identifiera l'internationalité à l'aide d'un critère formel, le droit suisse en étant l'exemple. Un modèle dualiste avec un seul standard d'arbitrabilité serait sans doute moins répandu. À cet égard, le droit singapourien, qui a pourtant entièrement adopté la loi modèle de la CNUDCI en matière internationale, prévoit toutefois un critère fonctionnellement identique tant pour l'arbitrabilité en matière interne qu'en matière internationale<sup>713</sup>.
157. Les systèmes dualistes ne sont pas dépourvus de défauts du point de vue de l'ouverture à l'arbitrage international. Le choix d'une approche dualiste peut paradoxalement illustrer une attitude inverse, qui, au lieu de se mettre à la recherche des solutions favorables à l'arbitrage international, représente un attachement aux particularismes de l'arbitrage interne et aux spécificités du droit procédural interne<sup>714</sup>. Selon cette logique, la séparation des régimes garantit dans une certaine mesure le développement autonome de l'arbitrage interne s'il est traditionnellement soumis à une conception juridictionnelle, la réglementation des aspects internationaux pouvant par ailleurs relever de traités internationaux<sup>715</sup>.

---

<sup>713</sup> L'art 4. 1 de l'*Arbitration Act* singapourien admet l'arbitrabilité dans le cas de « *all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not* ». L'art. 11. 1 de l'*International Arbitration Act* singapourien prévoit que « *[a]ny dispute which the parties have agreed to submit to arbitration under an arbitration agreement may be determined by arbitration unless it is contrary to public policy to do so* ».

<sup>714</sup> J. C. Fernandez Rozas, *op. cit.*, pp.197 et s. L'auteur fait référence aux lois d'arbitrage de l'Amérique latine.

<sup>715</sup> *Ibid.*, p. 198.

158. Dans les régimes dualistes de réglementation de l'arbitrage, l'internationalité du litige peut finalement être à la disposition des parties. Cependant, cela n'est pas une règle, comme c'est le cas du droit français. S'agissant d'un phénomène récent, cette « disponibilité » du régime de l'arbitrage, observable par contre en droit suisse, semble avoir un lien avec le critère même de l'internationalité et représente une tendance flexible en faveur de l'arbitrabilité. En associant une telle « flexibilité » avec l'« ouverture » du régime de l'arbitrage<sup>716</sup>, nous allons évaluer l'impact de l'internationalité sur l'arbitrabilité dans l'approche législative dualiste « fermée » (**Paragraphe 1**) et « ouverte » (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1. La logique universaliste dans les systèmes dualistes « fermés » – l'exemple du droit français***

159. Basé sur le régime dualiste, le droit français de l'arbitrage repose sur la libre disponibilité des droits et sur l'ordre public à déterminer – respectivement l'arbitrabilité et l'inarbitrabilité des litiges en matière interne. Même si, en théorie, ils sont également applicables en matière internationale, les critères utilisés au plan interne sont le plus souvent négligés dans le cas des litiges internationaux<sup>717</sup>. Perçue comme l'effet de la politique législative libérale, l'arbitrabilité en matière internationale découle surtout de la définition jurisprudentielle de l'ordre public international. Le critère d'internationalité énoncé par l'art. 1504 du frCPC<sup>718</sup> instaure de plus un rattachement matériel au commerce international.

---

<sup>716</sup> V., en ce sens, notamment pour les auteurs suisses, I. Ambauen, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Schulthess, Zürich 2016, pp. 12 et s.

<sup>717</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, op. cit., p. 548.

<sup>718</sup> L'art. 1504 du frCPC prévoit : « [e]st international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ». Selon Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman (éd.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., n<sup>os</sup> 107 et s. : « [l]e caractère international de l'arbitrage doit être déterminé en fonction de la réalité économique du processus à l'occasion duquel il est mis en œuvre : à cet égard, il suffit que l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières, la nationalité des parties, la loi applicable au contrat ou à l'arbitrage, ainsi que le lieu de l'arbitrage étant, en revanche, inopérant ».

160. Cette approche semble représenter une barrière moins rigide que les critères d'internationalité basés sur la nationalité des parties, comme notamment en droit suisse (ce dernier étant pourtant un critère plus précis), ou sur le siège de l'arbitrage, comme le prévoit le droit allemand et le droit polonais. Le critère français est indépendant des facteurs d'extranéité et prend en considération la finalité de la transaction économique dans le contexte international<sup>719</sup>. Seuls les facteurs objectifs de l'opération économique sont donc pris en compte pour déterminer le caractère international de la transaction, la volonté des parties étant impuissante à sa détermination<sup>720</sup>.
161. Le dualisme, en tant que tel, est de plus formellement inscrit en droit français, l'arbitrage interne et l'arbitrage international étant réglementés par deux corpus normatifs du frCPC. Après avoir modernisé l'arbitrage interne par la réforme de 1980<sup>721</sup>, le législateur français a voulu créer un modèle propre à l'arbitrage international, détaché des conceptions nationales de la justice privée, le premier étant introduit par le décret de 1981<sup>722</sup>. Il s'est appuyé sur la jurisprudence des années 1930<sup>723</sup>, qui reconnaissait la validité des clauses compromissoires dans les cas liés au commerce international. Dans le livre IV du frCPC actuel, le Titre I vise les dispositions relatives à l'arbitrage interne et codifie, entre autres, de manière impérative ou supplétive, la convention d'arbitrage, l'instance, la sentence et les recours. Le Titre II est relatif à l'arbitrage international et régit la convention d'arbitrage international, l'instance, la sentence, la reconnaissance et l'exécution de la sentence arbitrale.

---

<sup>719</sup> J. Pellerin, *op. cit.*, n° 9.

<sup>720</sup> Un sens opposé découlerait de la loi modèle de la CNUDCI (l'art. 1, point, 3 *préc.*), l'acte n'étant pas adopté en droit français.

<sup>721</sup> Décret n° 80-354 du 14 mai 1980. Avant ledit décret, les régimes concernant la procédure d'arbitrage étaient codifiés dans le Code de procédure civile de 1806.

<sup>722</sup> Décret du 12 mai 1981, n° 81-500. Le décret a modifié le Code de procédure civile et était le premier texte législatif français sur l'arbitrage international.

<sup>723</sup> V. les arrêts : Cass. civ., 19 février 1930, *Mardelé*, S. 1933. 1. p. 41, note Niboyet. Dans l'arrêt *Mardelé*, deux parties françaises (dont l'une était une filiale d'une société hollandaise) ont conclu un contrat de vente de blé, provenant du Chili, avec une clause compromissoire prévoyant un arbitrage à Londres. Dans l'arrêt *Dambricourt* un contrat de vente de blé d'Amérique vers la France a été conclu par des parties françaises, Cass. civ., 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933. 1; p. 41, note Niboyet. La Cour de cassation s'est prononcée dans les deux affaires sur la validité de la clause compromissoire, en raison de la mise en jeu d'intérêts relevant du commerce international.

162. Pour illustrer le dualisme en droit français, nous allons étudier les tendances favorables à l'arbitrage, découlant de son internalisation et de l'approche matérielle à celui-ci. Impliquent-elles des contours plus rigides du critère d'arbitrabilité ? Alors que le contrôle de l'arbitrabilité à différentes étapes de l'arbitrage semble illusoire en matière internationale, son critère normatif reste intact (A). À l'égard du libéralisme du régime de l'arbitrage international, la question se pose de savoir si le système dualiste français permet de le transposer également vers la matière interne? Il existe certaines limites à cette approche (B).

#### A. Vers un développement des règles matérielles de l'arbitrage en matière internationale

163. Tout d'abord, contrairement à l'approche territoriale de l'internationalité, le régime de l'arbitrage international pratiqué en France a une visée universelle, dont découle l'application des règles de l'arbitrage international, indépendamment du siège de l'arbitrage. Étant donné que celui-ci se trouve sur le territoire français, le droit français de l'arbitrage s'appliquera si la condition matérielle de l'internationalité est remplie. Inversement, il serait possible d'appliquer le droit français de l'arbitrage international à une procédure arbitrale établie hors du territoire français, si l'internationalité est évaluée par un juge français (un juge d'appui ou juge de l'exequatur). Selon l'approche française, contrairement à celle présentée par les conceptions territorialistes, l'internationalité du litige ne se réfère pas au concept de l'extranéité et la méthode des conflits des lois<sup>724</sup>. En étant plus internationale qu'étrangère, cette approche représente une « *corrélation absolue entre l'internationalité de l'arbitrage et le régime matériel* »<sup>725</sup>.
164. En deuxième lieu, il n'est pas insignifiant pour notre démonstration que l'approche libérale à l'arbitrage international a été élaborée par la jurisprudence pour faire face aux rigidités du droit interne, notamment ceux concernant l'inadmissibilité de la clause

---

<sup>724</sup> En ce sens, J.- M. Jacquet « La distinction entre arbitrage interne et international en droit français », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international (...), op. cit.*, p. 184.

<sup>725</sup> *Ibid.*



compromissoire. La clause d'arbitrage pouvant se trouver soumise à une loi étrangère qui la validait, la jurisprudence française a décidé de jouer un rôle plus actif dans la mise en œuvre des intérêts du commerce international, pour faciliter des options *in favorem validitatis*. Dans cette perspective, la solution recherchée était donc la soumission de l'arbitrage à des règles matérielles, pouvant régir les conditions de validité de la clause d'arbitrage. D'abord, avant la réforme de 15 mai 2001, qui a finalement rendu valable la clause dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle<sup>726</sup>, la jurisprudence postulait l'exclusion de l'art. 2061 en matière internationale pour préserver la validité de la clause compromissoire<sup>727</sup>. Pourtant, après le remplacement par la loi NRE de 2001 du principe de prohibition par le principe de licéité de la clause compromissoire en matière interne, le même mécanisme n'a pas été clairement repris en matière internationale. La jurisprudence a été favorable à l'application des règles matérielles françaises à chaque fois qu'un juge français se prononçait sur une convention internationale d'arbitrage, quel que soit le contrat principal et indépendamment de la loi normalement applicable. Ce phénomène, généralement favorable à l'arbitrage, peut paradoxalement nuire à la renommée de la justice privée. C'est le cas notamment du principe de licéité de la clause compromissoire dans un contrat international de consommation qui a soulevé les doutes quant à la protection de la partie faible<sup>728</sup>. De telles conséquences négatives nous semblent pourtant diminuer en importance eu égard aux tendances récentes du droit français à balancer le régime contractuel de la clause compromissoire par la réforme

---

<sup>726</sup> Cf. *supra* Chapitre préliminaire, Section I.

<sup>727</sup> Cf. la jurisprudence *Hecht* qui s'est prononcé sur l'inapplicabilité de la prohibition de la clause dans un acte mixte en matière internationale, Cass, 1<sup>re</sup> civ., *Hecht*, 4 juillet 1972, *J. D. I.* 1972, p. 843, note Oppetit; *R.T.D. com.*, 1973, p.419, obs. Loussouarn; *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note Level; *Rev. arb.*, 1974. Cf. également la jurisprudence *Zanzi* qui s'est prononcé *in favorem validitatis* de ladite clause en matière internationale, Cass .1<sup>re</sup> civ., 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.*, 1999, p. 260, note Fouchard; *RTD com.*, 1999, p. 380, obs. Loquin.

<sup>728</sup> Cf. Réponse ministérielle n° 35415, JO Sénat Q, 31 janvier 2002, p. 241, obs. Ph. Fouchard, v. *supra* Chapitre préliminaire, Section I et *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I. Déjà avant la réforme, introduite par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » en 2016, la protection du consommateur était mieux assurée en droit interne, la clause compromissoire étant généralement nulle en matière interne jusqu'à 2016. Aussi, actuellement, en raison des tendances récentes visant à étendre le champ d'application de la clause compromissoire, le principe de la non-opposabilité de la clause à un non-professionnel protège la partie faible notamment en matière interne.

introduite par la loi de « Justice du XXI<sup>e</sup> s. », dont la rayonnement aurait, selon nous, un intérêt à s'étendre sur la matière internationale<sup>729</sup>.

165. En troisièmement lieu, c'est en matière internationale que la méthode matérielle a contribué à la reconnaissance du pouvoir des arbitres à sanctionner la violation d'ordre public<sup>730</sup>. Alors que les deux arrêts de la Cour de Cassation – *Galakis*<sup>731</sup> et *Gosset*<sup>732</sup> avaient introduit le paradigme de l'attachement de l'arbitrage international aux règles matérielles, l'arrêt *Dalico*<sup>733</sup> l'a réaffirmé, la solution ayant été finalement adoptée également en matière interne<sup>734</sup>. Ce libéralisme de la matière internationale ressort clairement au cours de la vérification des contrariétés éventuelles de la sentence à l'ordre public. Ainsi, l'arrêt *Thalès* a posé le principe mentionné ci-dessus, selon lequel la violation de l'ordre public international doit être « *flagrante, effective et concrète* »<sup>735</sup>. En marquant alors la liberté de l'arbitre face aux lois de police, le système français reconnaît l'arbitrabilité des litiges soumis à l'ordre public sous réserve du contrôle *a posteriori* par le juge national, notamment en matière internationale. À cet égard, la question se pose du degré de contrôle effectif de l'arbitrabilité du litige

---

<sup>729</sup> Cf. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>730</sup> V. le courant jurisprudentiel précité de la Cour d'appel de Paris dans les affaires *Ganz* du 29 mars 1991, *Labinal* du 19 mai 1993, *Thalès* du 18 novembre 2004 ; v. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section II.

<sup>731</sup> Cass. civ., 2 mai 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 533, note P. Level. Sur l'arbitrabilité subjective, la décision a condamné l'application de la méthode conflictualiste et a donné préférence à une règle matérielle écartant la prohibition de compromettre, adressée aux personnes morales de droit public en matière internationale, conformément aux usages du commerce.

<sup>732</sup> Cass. civ., 7 mai 1963, *Rev. arb.*, 1963, p. 60, *J.D.I.*, 1964, p. 82, note Bredin, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note Motulsky. La décision a introduit le principe d'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international.

<sup>733</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., *Dalico*, 20 décembre 1993, *Rev. arb.*, 1994, p. 116, note Gaudemet-Tallon ; *J.D.I.*, 1994, p. 432, note Gaillard ; *R.T.D. com.*, 1994, p. 254, note Dubarry et Loquin (les règles matérielles évincent le recours à la loi applicable à la convention d'arbitrage). V. également la jurisprudence *Hecht, préc.*, (l'autonomie de la clause compromissoire et de ses aspects se manifestent par son indépendance par rapport à la règle de conflit normalement applicable).

<sup>734</sup> CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette, préc.* ; CA Paris, 16 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 333, note Idot ; CA Paris, 12 septembre 2002, *Rev. arb.*, 2003, p. 174, note Boursier ; C. Cass, 9 avril 2002, *Toulousy c. Phillam, Rev. arb.*, 2003, p. 103, note Didier ; *D.* 2003, p. 1117, note Degos ; *ibid.* 2993, *somm.*, p. 2470, *obs. Clay* ; *JCP G* 2003, I, 2003, n°2, *obs. Seraglini* ; *RTD com.*, 2003, p. 62, *obs. Loquin* ; v. *infra* le chapitre suivant.

<sup>735</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

international<sup>736</sup>. Il s'agit en même temps de la question de l'influence de l'internalisation de l'arbitrage sur le concept d'arbitrabilité.

166. D'un côté, le libéralisme du contrôle *a posteriori*, quoi qu'il représente une tendance *in favorem arbitrandum* en matière internationale, semble créer un besoin d'affermissement des standards législatifs d'arbitrabilité puisque la nécessité de sécurité juridique de l'arbitrage implique l'existence de contrôle de l'arbitrabilité sur l'un des étapes de procédure. En ce sens, il existe une relation inversement proportionnelle entre l'intensité du contrôle au stade de l'appréciation de l'arbitrabilité, opéré par des arbitres, et celle exercé par les juges. Une partie de la doctrine française critique la suppression « excessive » de l'inarbitrabilité des litiges en matière internationale sans l'extension parallèle du contrôle au fond de la sentence à toutes les circonstances portant sur la violation de l'ordre public alléguée. Dans le cas contraire, on arriverait, selon cette logique, à la conclusion que seuls demeurent inarbitrables les litiges expressément adressés par l'art. 2060 du frCc, c'est-à-dire l'état et la capacité des personnes, le divorce et la séparation de corps. Si donc le contrôle de l'arbitrabilité par les juridictions étatiques est uniquement « symbolique », pour assurer la sécurité juridique, le critère législatif d'arbitrabilité devrait être davantage rigide.
167. D'autre part, le critère législatif de l'arbitrabilité est pratiquement inexistant en matière internationale, le standard de libre disponibilité y étant davantage inopérant. Malgré la neutralisation progressive de l'art. 2060 du frCc par la jurisprudence, essentiellement en matière internationale, l'arbitrabilité n'est pas nécessairement déterminée à l'aide de la libre disposition. La jurisprudence française semble alors négliger ce critère en matière internationale, en fixant les limites de l'arbitrabilité par des règles impératives du droit français (lois de police) et celles de l'ordre public international, comme exprimé par la jurisprudence *Dalico*<sup>737</sup>. Le libéralisme en arbitrage international se manifeste donc tant lors de l'instance arbitrale qu'au stade du contrôle de juge étatique, le critère d'arbitrabilité restant un domaine notamment de la matière interne.

---

<sup>736</sup> Cf. E. Loquin, « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité en matière internationale », In *Mélanges Jacques Normand*, éd. Juris-Classeur, Paris 2003, pp. 338 et s.

<sup>737</sup> V., en ce sens, Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 644, p. 548.

## B. De l'indisponibilité du caractère international du litige au parallélisme croissant entre l'arbitrage interne et international

168. L'existence de l'inspiration mutuelle entre des solutions adoptées en matière de l'arbitrage interne et international ne peut pas être contestée. Certaines solutions libérales étudiées ci-dessus en matière internationales ont « infiltré » la matière interne. Le vecteur de l'influence entre les deux régimes de l'arbitrage se dirige à cet égard dans la majorité des cas de matière internationale vers la matière interne, le sens inverse étant moins évident, mais possible. Hormis le cas des difficultés liées au transfert direct du principe de licéité de la clause compromissoire du droit interne vers le régime international, un contre-exemple existe, concernant le régime des voies de recours contre la sentence arbitrale. Alors que la jurisprudence française confirmait pendant longtemps le caractère impératif du régime des voies de recours, limitant des motifs d'annulation et excluant le recours en révision contre la sentence en matière internationale<sup>738</sup>, après la réforme du frCPC de 2011, l'art. 1502 de cet acte<sup>739</sup> s'applique également à l'arbitrage international, le recours étant porté devant le tribunal arbitral<sup>740</sup>.

---

<sup>738</sup> V., en ce sens, le courant jurisprudentiel : CA Paris 19 octobre 2000, inédit, *Rev. arb.*, 2004, p. 859; CA Paris 29 mars 2001, n° 1999/14249 et n° 2000/06031, *Rev. arb.*, 2001, p. 543, note Bureau., *Rev. arb.*, 2007, p. 500, note Jaeger.

<sup>739</sup> L'art. 1502 du frCPC prévoit : « *Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'art. 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603. Le recours est porté devant le tribunal arbitral. Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence* ».

<sup>740</sup> L'admissibilité du recours en révision, dépendant de la nature du litige, a également joué récemment un rôle crucial dans l'affaire *Tapie*. En l'espèce, selon les dispositions de l'ancien frCPC, le Consortium de réalisation CDR, gérant le passif du Crédit Lyonnais, a été condamnée en appel, le 30 septembre 2005, à verser 135 millions d'euros aux liquidateurs de l'ancien groupe Tapie, suite à la cession complexe des actions dans le cadre des groupes de sociétés. La Cour de cassation n'a constaté aucune faute à l'encontre du Crédit Lyonnais suite de la cession de l'entreprise Adidas et a renvoyé l'affaire devant la Cour d'appel de Paris en 2006. Malgré la décision favorable de la Cour de cassation, le CDR a décidé de soumettre le litige à l'arbitrage en 2007. Le 11 juillet 2008, le Tribunal arbitral a accordé la somme de 390 millions d'euros à la partie de Bernard Tapie. Basé sur doutes concernant l'impartialité de l'un des arbitres et son lien potentiel avec M. Tapie, le CDR a introduit un appel devant la Cour d'appel de Paris en 2013. Le 17 février 2015, la Cour d'appel a reconnu l'appel en décidant sur le caractère national de litige. Le 3 décembre 2015, cette dernière a condamné le groupe Tapie à payer la somme de 405 millions d'euros au CDR. Dans la décision du 30 Juin 2016, la Cour de cassation a confirmé la nature nationale du litige, Cass. 1<sup>re</sup> civ 30 juin 2016, *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. Delpech, *Rev. arb.*, 2016, p. 1123, note Mayer; *Cah. arb.*, 2017, p. 339, note Henry. Bien que le caractère international de l'affaire ait été soulevé pendant le procès, le litige concernant la cession des actions d'une entreprise allemande à des sociétés belges et luxembourgeoises, la Cour de cassation s'est

169. Le fait que les tendances *in favorem arbitrandum* se manifestent de la manière dominante en matière internationale démontre pourtant une « perméabilité » assez limitée entre deux régimes de l'arbitrage. La nature de litige, étant le domaine de la jurisprudence et du législateur, le droit français ne permet pas aux parties de l'arbitrage de la modifier, en effectuant un choix du régime applicable. En étudiant le dualisme de l'arbitrage en droit suisse, nous allons voir ci-dessous que, contrairement à celui-ci, le droit français limite la liberté contractuelle. En ce sens, le problème est directement lié à l'indisponibilité du critère d'internationalité. D'après le droit français, « (...) *il ne revient pas aux parties de déterminer dans la clause compromissoire le régime interne ou international de l'arbitrage* »<sup>741</sup>. C'est au juge de procéder à la qualification du caractère de litige, en fonction de la nature des relations économiques à l'origine de celui-ci. L'appréciation du caractère du litige est un fait objectif, la définition matérielle de l'internationalité étant précisée par le législateur et constatée par le

---

concentrée sur la date critique de l'entrée en vigueur de la convention d'arbitrage. Pendant cette période, l'affaire ne concernant qu'une banque française et ses clients en France, le litige a été reconnu interne. Le litige, étant qualifié interne, pouvait donc être porté devant la Cour d'appel qui était habilitée à trancher le différend sur le fond. L'évolution de l'affaire Tapie a été résumée selon l'analyse présentée dans l'étude de A. L. Durviaux, D. Fisse, B. Maréchal, R. Simar, « L'expérience belge », In D. Renders, P. Delvolvé, Th. Tanquerel (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, Bruxelles 2010, p. 323. Cf. également J.-D. Le Brusq, « The Tapie saga : Paris successfully passed the test », *Kluwer Arbitration Blog*, 1<sup>er</sup> septembre 2016, disponible en ligne : <http://kluwarbitrationblog.com/2016/09/01/the-tapie-saga-paris-successfully-passed-the-test/>.

<sup>741</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 novembre 2013, *Bull. civ.*, 2013, I, n° 222. En l'espèce, une société de droit français a signé un contrat de vente avec une société de droit italien. Le contrat, concernant l'acquisition de robots « palettiseur » comportait une clause compromissoire prévoyant que « *les contestations qui viendraient à naître à propos de la validité, de l'interprétation et de l'exécution du présent contrat et ses annexes, seront résolues par voie d'arbitrage, en application des articles 1442 et 1491 du nouveau Code de procédure civile, relatifs à l'arbitrage interne* ». L'acheteur a demandé la résolution du contrat en raison des dysfonctionnements des robots. Le tribunal arbitral, statuant en amiable composition, a rendu une décision qui a été rectifiée en fonction du manque de mention du refus de signature d'un des arbitres. L'une des parties a formé un recours en annulation à l'encontre de deux décisions arbitrales. Faisant application du droit de l'arbitrage interne, la cour d'appel a décidé d'annuler la sentence au motif du manque de mention concernant la signature, un tel motif de l'annulation étant prévu uniquement en matière interne. La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt rendu par la cour d'appel, jugeant que, dans le cadre de l'ancien droit de l'arbitrage, la décision avait néanmoins vocation à s'appliquer dans le cadre du décret du 13 janvier 2011. Actuellement, les cas d'ouverture du recours en annulation prévus par les articles 1492 et 1520 du frCPC sont comparables à ceux existant avant 2011. Dans les deux cas, la liste des griefs permettant un recours en annulation est plus longue en matière interne. La jurisprudence a aussi décidé que la qualification d'internationalité d'une clause compromissoire ne dépend pas de la volonté des parties, ni du droit applicable au contrat principal, cf. CA Lyon, 7 février 2013, n° 11/02232, *BacaLy* n°3, obs. Guichard. L'arrêt de la Cour d'appel de Lyon s'est prononcé *in favorem validitatis* par rapport à la clause compromissoire, insérée dans un accord de rupture anticipée et régie par le droit français, qu'il a qualifiée d'international.

juge<sup>742</sup>. Ainsi, dans la mesure où la disponibilité du critère d'internationalité est attribuée aux juges par l'art. 12 du frCPC<sup>743</sup>, de nombreuses justifications potentielles peuvent être envisagées pour expliquer ce phénomène et l'interdiction d'opter particulièrement pour le régime interne de l'arbitrage. Parmi les différents motifs possibles, figurent notamment l'inadaptation des textes internes à l'arbitrage international et l'argument selon lequel l'État se sent plus concerné par la matière interne qu'internationale<sup>744</sup>. Comme l'a remarqué un auteur à juste titre, il faudrait essentiellement voir dans cette tendance l'influence du courant jurisprudentiel qui met en exergue le pouvoir intangible de juge quant à la détermination des effets du caractère international du litige<sup>745</sup>. Les autres arguments de la doctrine concernent également l'organisation juridictionnelle qui devrait être soustraite à la disponibilité des justiciables<sup>746</sup>.

170. La question se pose de savoir à quel point cette objectivité du caractère du litige affecte l'arbitrage et l'arbitrabilité. La « perméabilité » limitée, quoiqu'existant, surtout dans la direction de « l'international » vers « l'interne », serait-elle modifiée d'une manière favorable à l'arbitrage si les parties pouvaient indiquer le régime applicable à leur litige, choisissant notamment celui qui leur paraîtrait plus libéral ? Une réponse positive semble douteuse à la lumière du droit français. D'un côté, le domaine interne de l'arbitrage se libéralise, notamment dans le domaine de la clause compromissoire et

---

<sup>742</sup> La position de la jurisprudence française n'a pas changé depuis 1927, cf. l'affaire *Matter*, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mai 1927, *DH* 1928, p. 25, note Capitant ; B. Le Bars, « De l'impossibilité pour les parties d'opter pour le régime interne de l'arbitrage en cas d'arbitrage international », *La Semaine Juridique Ed. Générale*, n°3, 20 janvier 2014, pp. 77 et s., note sous l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 novembre 2013, *Bull. civ.*, 2013, I, n° 222. Cf. également Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 26 janvier 2011, n° 09-10.198, *Bull. civ.*, 2011, I, n°15 : « selon l'art. 1492 du Code de procédure civile, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul État, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral ».

<sup>743</sup> Aux termes de l'art. 12 du frCPC : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée (...) ».

<sup>744</sup> En ce sens C. Jarrosson, note sous l'arrêt CA Paris, 24 avril 1992, *JurisData* n° 1992-023183 ; *Rev. arb.*, 1992, p. 598.

<sup>745</sup> B. Le Bars, *op. cit.*, p. 79.

<sup>746</sup> CA Paris, 27 octobre 1994, *Société de Diseno c. Société Mendes*, *Rev. arb.*, 1995, p. 263, note Level. Cette position concerne les voies des recours.

de l'ordre public De l'autre, un parallélisme progressif des instruments utilisés an arbitrage interne et international augmente, diminuant le besoin d'une « ouverture » plus grande entre les deux.

***Paragraphe 2. Le pragmatisme des systèmes dualistes « ouverts » – l'exemple du droit suisse***

171. Le droit suisse de l'arbitrage, fondé sur le système dualiste, applique deux critères d'arbitrabilité – celui de la libre disponibilité des droits pour délimiter le domaine arbitral en matière interne et le critère substantiel de la nature patrimoniale du litige à l'arbitrage international<sup>747</sup>. L'approche « particulariste » et pragmatique du législateur suisse, qui suit strictement les tendances en faveur de l'arbitrage, est de promouvoir l'attractivité et l'utilité de l'arbitrage international en Suisse, en permettant aux parties de limiter le contrôle des tribunaux de l'État après la remise de la sentence, ainsi qu'en leur offrant des standards possiblement ouverts, flexibles et claires d'arbitrabilité. Cet objectif est réalisé à la fois par l'objectivité de la règle d'arbitrabilité, comme discuté ci-dessus<sup>748</sup>, et par le relativisme d'application au litige du régime de l'arbitrage interne et international.
172. Afin d'illustrer ce phénomène, nous allons d'abord étudier le dualisme en droit suisse sous l'angle de son adaptation aux besoins du commerce international (A), pour passer ensuite à l'appréciation de la flexibilité du système dualiste « ouvert » à l'égard de l'arbitrabilité. (B).

**A. Les sources aux origines du dualisme de réglementation de l'arbitrage**

173. Parmi des sources du dualisme du régime suisse de l'arbitrage, il faut indiquer l'origine constitutionnelle et historique. D'un côté, la Constitution fédérale n'autorisait pas la réglementation des matières procédurales dans une loi fédérale, le droit de l'arbitrage

---

<sup>747</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section III.

<sup>748</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section III.

appartenant à ce groupe. De l'autre, la vision privatiste de réglementation postulait la codification des normes de l'arbitrage international hors du Concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969, ce qui semblait inadapté aux besoins du commerce juridique globalisé<sup>749</sup>. En mettant l'accent sur l'aspect contractuel de l'arbitrage en matière internationale, le législateur a finalement intégré cette partie du droit de l'arbitrage à la LDIP.

174. Depuis l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, le législateur suisse fait la distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international, la matière interne ayant été soumise à la réglementation du Concordat intercantonal. Bien que, depuis la réforme de la justice du 8 octobre 1999, la législation en matière de procédure civile relève de la compétence de la Confédération, le législateur suisse a décidé de garder le système dualiste de l'arbitrage, les dispositions portant sur l'arbitrage interne ayant été régies par le sCPC depuis 2011.
175. Le critère de l'internationalité en droit suisse est formel et subjectif, basé sur le siège, le domicile ou la résidence habituelle d'au moins une des parties à l'étranger au moment de la stipulation de la convention d'arbitrage<sup>750</sup>. La doctrine justifie un tel choix par la simplicité, la précision et la prévisibilité du critère<sup>751</sup>. Cela exerce pourtant une influence sur l'arbitrabilité. Dans un ordre juridique dualiste qui prévoit deux critères différents d'arbitrabilité, celle-ci dépend par conséquent de la distinction formelle entre arbitrage interne et arbitrage international. Prenons l'exemple de l'arbitrage interne, où le critère d'arbitrabilité repose sur la disponibilité des droits.

---

<sup>749</sup> P. ex. l'art. 36 al. 1, sous e), du Concordat prévoyait la possibilité d'annuler la sentence arbitrale en cas de violation grossière d'une disposition légale claire ou d'un principe général élémentaire et indiscuté. Selon les commentaires de la doctrine, un tel grief pouvait aboutir à des recours abusifs et dilatoires, cf. F. Perret, « Arbitrage interne : arbitrage international ou arbitrage tout court : dualisme ou monisme ? », *Gazette du Palais*, 17 oct. 2006, n° 290, p. 11, v. spéc. n° 2.

<sup>750</sup> L'art. 176 de la LDIP prévoit : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse.* <sup>2</sup> *Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention ultérieure, exclure l'application du présent chapitre et convenir de l'application de la troisième partie du CPC.* <sup>3</sup> *Les parties en cause ou l'institution d'arbitrage désignée par elles ou, à défaut, les arbitres déterminent le siège du tribunal arbitral* ».

<sup>751</sup> Cf., p. ex., Tribunal fédéral, 24 juin 2002, 4P. 54/2002, *ASA Bull.* 2003, p. 137.



Selon la conception classique, cette dernière devrait être évaluée d'après la *lex causae*<sup>752</sup>. En ce sens, dans un litige entre des parties domiciliées en Suisse, portant sur la validité d'un brevet enregistré en France, l'arbitrabilité devrait être appréciée en fonction de la loi applicable au titre de propriété industrielle ou de la loi du pays de protection<sup>753</sup>. Le litige en question ne sera donc pas arbitrable, le critère d'arbitrabilité suisse en matière interne renvoyant au droit français qui le traite comme inarbitrable. Si par contre, l'une des parties avait son domicile hors de Suisse, le critère du caractère pécuniaire rendrait le même litige arbitrable en matière internationale.

176. L'exemple étudié montre une certaine absurdité à laquelle le législateur suisse a du apparemment faire face. Alors que, comme analysé ci-dessus<sup>754</sup>, il serait plus souhaitable, à la lumière de la doctrine suisse, de soumettre un litige à l'arbitrage en appliquant à celui-ci le critère patrimonial que de construire une règle d'arbitrabilité par défaut quant aux litiges internationaux, il paraît peu probable que le législateur favoriserait les parties non-domiciliées en Suisse au détriment des parties « suisses », malgré sa position indiscutablement positive envers les premières. En revanche, il autorise les parties domiciliées en Suisse à choisir le critère d'arbitrabilité, en leur donnant le droit d'exclure entièrement l'application des dispositions de la LDIP ou du sCPC<sup>755756</sup>.

---

<sup>752</sup> En ce sens J. F. Poudret, S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Zürich 2002, n° 332, p. 301.

<sup>753</sup> L'exemple emprunté à F. Perret, « Arbitrage interne : arbitrage international ou arbitrage tout court : dualisme ou monisme ? » *op. cit.*, n° 17.

<sup>754</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section III.

<sup>755</sup> Cette solution tient également compte de la spécificité de l'arbitrage dans le domaine du sport. Il s'agit de la possibilité de soumettre tous les arbitrages des nombreuses associations sportives, ayant leur siège en Suisse, au Chapitre 12 de la LDIP, relatif à l'arbitrage international. Avant la réforme de 2011, des litiges impliquant des sportifs domiciliés en Suisse, étant soumis au concordat, donnaient l'impression d'inégalité de traitement, favorable aux parties avec son domicile en Suisse. En particulier, les athlètes suisses avaient plus de possibilités de recours contre la sentence arbitrale que leurs collègues étrangers, dans les mêmes affaires, contre les mêmes fédérations, v. S. Besson, « L'arbitrage interne et international en Suisse : le nouveau CPC à l'aune du concordat et du chapitre 12 de la LDIP », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international (...)*, *op. cit.*, n° 36, p. 19.

<sup>756</sup> Une solution similaire se retrouve en droit singapourien de l'arbitrage (les systèmes d'*opting-in* et *opting-out* sont réglementés par l'*International Arbitration Act* en matière internationale et l'*Arbitration Act* en matière nationale).

## B. De la disponibilité du caractère international du litige à la disponibilité du critère d'arbitrabilité

177. Le système *d'opting out/opting in* attribue des droits équivalents aux parties domiciliées et non-domiciliées en Suisse. Conformément au système *d'opting-out* du paragraphe 2 de l'art. 176 de la LDIP, les parties non-domiciliées en Suisse (ou si l'une des parties n'est pas domiciliée en Suisse) ont le droit de renoncer à l'application à l'arbitrage ayant lieu en Suisse du chapitre 12 de l'acte susmentionné, en effectuant une déclaration explicite, soit dans la convention d'arbitrage, soit dans un accord ultérieur, ce qui signifie l'application automatique de la partie 3 du sCPC (l'arbitrage en matière interne<sup>757</sup>). De même, les parties à l'arbitrage interne peuvent renoncer aux dispositions en matière interne et opter pour le chapitre 12 de la LDIP en choisissant les normes d'arbitrage international par un consentement explicite<sup>758</sup>.
178. Alors que l'existence des solutions de *l'opting-out* et *l'opting-in* pointerait dans le sens d'une équivalence entre l'arbitrage en matière interne et l'arbitrage en matière internationale, on peut se poser la question de savoir si, du point de vue des parties stipulant la convention arbitrale, le principe de l'autonomie de la volonté, inscrit à l'art. 187 al. 1 de la LDIP<sup>759</sup>, s'applique de la même manière pour un contrat d'arbitrage en matière interne que pour la matière internationale ? Un auteur propose, à juste titre, d'y répondre de manière négative<sup>760</sup>. Dans le sens général, il s'agit là de la différence entre la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté, selon l'approche conflictualiste,

---

<sup>757</sup> L'art. 353 du sCPC prévoit : « <sup>1</sup> Les dispositions de la présente partie s'appliquent aux procédures devant les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse, sauf si les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. <sup>2</sup> Les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou dans une convention conclue ultérieurement, exclure l'application du présent titre et convenir que les dispositions du chapitre 12 de la LDIP sont applicables. La déclaration est soumise à la forme prévue à l'art. 358. »

<sup>758</sup> Selon l'art. 353 du sCPC lu à la lumière de l'art. 358 du sCPC, la même forme, nécessaire pour que la convention d'arbitrage soit valide en matière interne, est également exigée pour exclure l'applicabilité du sCPC (la forme écrite ou toute autre forme faisant preuve).

<sup>759</sup> L'art. 187 al. 1 de la LDIP prévoit : « Le tribunal arbitral statue selon les règles de droit choisies par les parties ou, à défaut de choix, selon les règles de droit avec lesquelles la cause présente les liens les plus étroits ».

<sup>760</sup> V., en ce sens, P. M. Patocchi, « L'administration de la preuve dans l'arbitrage international, à la lumière du débat sur le monisme et le dualisme de la législation en matière d'arbitrage », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.), *Arbitrage interne et international (...), op. cit.*, n<sup>os</sup> 15 et s., pp. 60 et s.

qui sont les deux faces de l'autonomie de la volonté dans le sens général<sup>761</sup>. En effet, selon l'art. 1 al. 1 de la LDIP<sup>762</sup>, les règles de droit international privé, tant celles de conflits de lois que les normes substantielles, s'appliquent aux litiges internationaux. Pour que le choix des dispositions de la LDIP en arbitrage purement interne soit possible, l'art. 353 al. 2 du sCPC devrait comporter une dérogation à la norme énoncée à l'art. 1 al. 1 de la LDIP<sup>763</sup>. Comme le soutient l'auteur mentionné ci-dessus, ceci n'étant pas certain – il s'agit d'un vrai choix de loi seulement en matière internationale, alors que le contrat d'arbitrage interne implique uniquement un choix du cadre procédural<sup>764</sup>. À cet égard, l'option inscrite dans la LDIP « signifierait » plus que celle provenant du sCPC. Notamment le contrat de l'arbitrage international ne perd pas son statut privilégié après le choix d'*opting-in*, favorable au sCPC. Ainsi, le principe provenant de l'art. 177 al. 2 de la LDIP et prévoyant que l'État ne peut pas se prévaloir de sa propre loi pour contester l'arbitrabilité subjective ou objective du litige, devrait s'appliquer également dans le cas de la soumission de l'arbitrage au régime interne<sup>765</sup>.

179. Malgré le caractère visiblement favorable à l'arbitrabilité, les systèmes d'*opting-in* et d'*opting-out*, relatifs aux systèmes entiers des normes d'arbitrage en matière interne ou internationale, ont été considérés, selon l'ancien droit suisse, comme n'ayant pas d'incidence sur le concept d'arbitrabilité, notamment en vertu de Concordat, applicable en matière interne. Aujourd'hui, la position de la doctrine a considérablement évolué, tant dans un sens favorable à la LDIP<sup>766</sup> que dans un sens défavorable. Le dualisme

---

<sup>761</sup> « *Materiellrechtliche Privatautonomie* » et « *kollisionsrechtliche Parteiautonomie* » (all.). Sur les subdivisions de l'autonomie de la volonté en droit comparé, v. O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des Europäischen Entscheidungseinklangs. Neueste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien*, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Paul Siebeck, Tübingen 2000, pp. 3-6.

<sup>762</sup> L'art. 1. al. 1 de la LDIP prévoit : « *La présente loi régit, en matière internationale : a. la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses; b le droit applicable; c les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères la faillite et le concordat; e. l'arbitrage* ».

<sup>763</sup> P. M. Patocchi, *op. cit.*, n°s 15 et s., pp. 60 et s.

<sup>764</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>765</sup> *Ibid.*, p. 62, avec les références citées.

<sup>766</sup> D. Girsberger, N. Voser, *International arbitration in Switzerland*, *op.cit.*, pp. 35 et s. Ainsi, la position doctrinale précédente est considérée obsolète, son argument principal, fondé sur la répartition des compétences entre le législateur fédéral et les législateurs cantonaux, n'étant plus pertinent. (A la différence du sCPC fédéral, le concordat était une régulation cantonale, par opposition à la LDIP).

« ouvert »<sup>767</sup> de la solution suisse permet ensuite de modifier les dispositions (potentiellement) rigides et contribue à l'assouplissement du régime de l'arbitrabilité, ce qui, combiné au critère substantiel et large de la patrimonialité des litiges, constitue un modèle favorable à l'arbitrage.

180. Nous allons illustrer la spécificité du dualisme suisse par quelques exemples. Comme nous l'avons déjà démontré ci-dessus<sup>768</sup>, les critères d'arbitrabilité se chevauchent. Dans le sens doctrinal, un tel phénomène peut être illustré, par l'exemple, des standards de la disponibilité et la transigibilité. Nous pourrions détecter une superposition sémantique, structurelle et historique de ces critères. Dans ce dernier sens, nous prendrions en considération l'évolution des notions de disponibilité et de transigibilité, ou la succession législative des critères, comme décrit en droit belge<sup>769</sup>. Une autre variante de chevauchement des standards d'arbitrabilité pourrait se définir, à notre avis, par l'intersection de l'étendue des litiges auxquels ils s'appliquent. En ce sens, un tel chevauchement « générique » peut apparaître dans le régime dualiste, où les deux critères d'arbitrabilité coexistent.
181. En droit suisse, le critère matériel du caractère pécuniaire du litige est juxtaposé au critère de libre disposition, de sorte que la superposition est seulement partielle. Il existe donc des litiges possédant un caractère patrimonial dont les parties ne peuvent pas disposer, ceux qui sont disponibles mais ne possèdent pas de valeur pécuniaire, et finalement ceux qui, tout en étant disponibles, sont également dotés de valeur exprimable en argent. Si on compare ce modèle avec des régimes monistes, comme le droit allemand, autrichien ou, récemment belge, présentant un standard double d'arbitrabilité (l'arbitrabilité illimitée des litiges patrimoniaux et la transigibilité des litiges extrapatrimoniaux)<sup>770</sup>, nous observons que les dérogations contractuelles *in favorem arbitrandum* sont plus limitées, voire inexistantes. D'ailleurs, la « jonglerie » des critères d'arbitrabilité ne présente pas de corrélation avec le dualisme des

---

<sup>767</sup> Pour l'analyse de la notion de dualisme ouvert, v. I. Ambauen, *op. cit.*, pp. 12 et s.

<sup>768</sup> Partie I, Titre II, Chapitre I, Sections I et II.

<sup>769</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Sections I et II.

<sup>770</sup> L'art. 1030 al. 1 du ZPO, l'art. 582 al. 1 de l'auZPO, l'art. 1676 du bCj.

standards, mais surtout avec la « perméabilité » entre ceux-ci, ce qui est possible au régime dualiste « ouvert ».

182. À titre d'exemple, les litiges portant sur le bail à loyer d'habitation, étant davantage exprimable en argent, ne devraient pas en principe soulever de difficultés, les disputes strictement patrimoniales étant rarement indisponibles. Toutefois, à l'instar du droit autrichien<sup>771</sup>, leur disponibilité est discutable pour cause de compétence exclusive d'une commission de conciliation<sup>772</sup>. Par conséquent, de telles disputes sont désormais inarbitrables en matières interne selon une partie de la doctrine et la jurisprudence<sup>773</sup>. Cependant, selon une doctrine plus libérale, de tels litiges sont dotés de l'arbitrabilité, le choix d'un « organe » de résolution alternative des disputes étant toutefois limité à ceux qui sont considérés comme amiables<sup>774</sup>. Même si cette restriction fait partie de l'ordre public suisse, elle n'a pas d'équivalent dans la LDIP et n'est pas considérée comme applicable en matière internationale<sup>775</sup>, quoique les parties signataires du contrat de bail puissent néanmoins profiter du système d'*opting-out* et choisir l'application du régime de la LDIP, si le bien immobilier en question se trouve en Suisse, ou si elles ont toutes deux leur domicile sur le territoire suisse.
183. Inversement, les litiges portant sur la protection de la personnalité sont indiscutablement disponibles ; une action en justice contre une atteinte à celle-ci dépend de consentement de la victime<sup>776</sup>. Étant toutefois extrapatrimoniaux, de tels litiges ne sont pas arbitrables en matière internationale. L'action en justice portant sur la protection de la personnalité ne peut être soumise au tribunal arbitral, si elle concerne

---

<sup>771</sup> Sur ce sujet, v., plus généralement, U. Voit, *op.cit.*, pp. 84 et s. Selon cet auteur, l'arbitrabilité des litiges portant sur le bail et la location représente en droit autrichien un problème plus large, concernant notamment des litiges tranchés dans la procédure non contentieuse, puisque certains litiges issus des contrats de bail appartiennent, à la lumière dudit droit, au groupe des litiges non contentieux (*Ausserstreitiger Rechtssachen*).

<sup>772</sup> L'art. 361 al. 4 du sCPC. Ledit article s'applique seulement aux habitations en Suisse.

<sup>773</sup> Tribunal fédéral suisse, 28 juin 2010, ATF 136 III 467, 4A\_71/2010, *Sem. jud.* 2010 I p. 545: « *En matière de bail à loyer d'habitation, l'arbitrage demeure restreint (...), cette règle se perpétuera à l'art. 361 al. 4 CPC* ».

<sup>774</sup> Pour plus d'argument, cf. I. Ambauen, *op. cit.*, n° 389, pp. 160 et s.

<sup>775</sup> *Ibid.*, n°312, p. 123.

<sup>776</sup> L'art. 28 al. 2 du sCc.

des matières étant au-delà de la portée d'une revendication patrimoniale<sup>777</sup> ou des buts commerciaux<sup>778</sup>.

184. La jurisprudence suisse étant restrictive, la question d'un traitement inégal a été finalement abordé par le Tribunal fédéral<sup>779</sup>. Celui-ci a résolu le problème seulement d'une manière superficielle, justifiant l'arbitrabilité de litige en l'attribuant un caractère partiellement patrimonial, l'autonomie de la volonté des parties permettant alors d'écarter des normes impératives.

---

<sup>777</sup> I. Ambauen, *op. cit.*, n° 399, p. 163 avec la jurisprudence citée.

<sup>778</sup> Tribunal fédéral suisse, 3 septembre 2008, 5A\_205/2008, disponible sur le site du Tribunal fédéral suisse.

<sup>779</sup> Tribunal fédéral suisse, 30 juin 2014, 5A\_22/2013, *Sem. jud.* 2014 I p. 436.

## CHAPITRE II. LES CRITÈRES TRANSNATIONAUX D'ARBITRABILITÉ

185. Dans le contexte du caractère autonome de l'arbitrage et de la nature *sui generis* de l'ordre arbitral, le phénomène de *favor arbitrandum* semble être situé entre l'uniformité et la diversité de la règle d'arbitrabilité. D'un côté, un critère uniforme de l'arbitrabilité n'existe pas (**Section 1**). De l'autre, le caractère transnational de l'arbitrabilité n'est pas exclu et constitue un phénomène à plusieurs facettes (**Section 2**).

### SECTION I. L'ABSENCE DE CRITÈRE UNIFORME

186. La notion d'uniformité se réfère aux standards normatifs uniformisés qui peuvent être adoptés par des ordres juridiques distincts. Toutefois, en raison du fait que la question de l'arbitrabilité a des solutions normatives différentes dans les divers ordres juridiques, il a été impossible jusqu'à maintenant d'élaborer un standard uniforme et cohérent de l'arbitrabilité au niveau du droit international, même si une sorte d'inspiration a été donnée par les créateurs de la loi type de la CNUDCI.
187. Bien que la tendance générale de libéraliser la notion d'arbitrabilité soit omniprésente, l'élargissement de phénomène de *favor arbitrandum* peut, en même temps, mener à l'insécurité juridique<sup>780</sup>. Par conséquent, même si la disparition du concept d'inarbitrabilité semble évidente pour certains auteurs<sup>781</sup>, l'idée de la règle de l'arbitrabilité uniforme, dépassant des régimes nationaux de l'arbitrage, n'a pas encore été définie. Le seul fait que les critères généraux et larges de l'arbitrabilité soient répandus, comme par exemple le critère de la libre disponibilité<sup>782</sup>, ne favorise pas non plus la recherche d'un standard uniforme, surtout que l'arbitrabilité constitue toujours un sujet d'analyses doctrinales et juridictionnelles, basées sur des approches

---

<sup>780</sup> N. Bakic, *op. cit.*, p. 55. L'auteur se réfère à des « zones sensibles », qui impliquent les droits d'une tierce personne ou les matières de compétence exclusive de l'État, en particulier, dans le droit de la concurrence et la législation antitrust, les questions familiales et du droit des successions, des brevets, des marques, les droits d'auteur, le droit de la faillite, le droit des consommateurs et le droit du travail.

<sup>781</sup> K. Youssef, *op.cit.*, pp. 47-68.

<sup>782</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

potentiellement restrictives dans les matières dites « sensibles », comme celles illustrant la contradiction entre la nature *inter partes* de l'arbitrage et le caractère *erga omnes* de certains droits<sup>783</sup>. Il faut donc savoir où chercher les règles uniformes de l'arbitrabilité qui pourraient attester que le concept en question fait partie de la vision autonome de l'arbitrage. Pour répondre à cette interrogation, nous allons examiner les normes du droit international (**Paragraphe 1**) et européen (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. Le silence des textes à l'échelle internationale***

188. Eu égard à la complexité des transactions internationales, le concept de règle uniformisée de l'arbitrabilité apparaît davantage envisageable et utile sur le plan international. Toutefois, les textes de loi au niveau international ne contiennent pas de définition homogène de l'arbitrabilité. La loi type de la CNUDCI contient trois dispositions applicables à l'arbitrabilité, mais ne précise pas la nature des droits arbitrables. S'agissant de la réception de ladite loi modèle, des législateurs nationaux sont libres de déterminer la portée de l'arbitrabilité objective<sup>784</sup>. Malgré l'histoire des travaux sur la loi en question, d'après lesquels le document ne devrait pas contenir des dispositions limitant la portée de l'arbitrabilité<sup>785</sup>, la clarification de ses critères figurait constamment sur des listes de problèmes à résoudre par la CNUDCI. Le groupe de travail (*The UNCITRAL Working Group II*) a observé que, malgré les doutes quant à l'arbitrabilité des litiges en arbitrage international, l'idée forte serait ne pas de se lancer à la recherche de l'uniformité de formule mais plutôt de trouver des solutions transparentes<sup>786</sup>. Cette approche, se ralliant à la crainte portant sur le manque de

---

<sup>783</sup> M.P. Perales Viscasillas, « Is a uniform arbitrability rule needed at an international level ? », *KluwerArbitration Blog*, 5 janvier 2016, disponible en ligne : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/05/is-a-uniform-arbitrability-rule-needed-at-an-international-level/>. L'auteur se réfère à l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des décisions des organes collectifs des sociétés de capitaux, v. également *infra* Partie II, Chapitre I, Sections I et II.

<sup>784</sup> V. les articles 1(5), 34(2)(b)(i), 36(1)(b)(i) de la loi modèle de la CNUDCI.

<sup>785</sup> « (...) *should not contain a provision delimiting non-arbitrable issues* », v. A/CN.9/216, 23 mars 1982, n°30.

<sup>786</sup> « *Uncertainties whether (...) disputes are capable of settlement by arbitration caused problems in international arbitration* ' however (...) ' *the purpose should not be to strive for uniformity, but to stipulate transparency of solutions (...)* », v. A/CN.9/610, 5 avril 2006, p. 3.



sécurité juridique des standards de l'arbitrabilité, a donné la priorité aux solutions normatives applicables aux litiges dans les domaines de droit des sociétés, des biens immobiliers, de l'insolvabilité et de la concurrence. La piste de recherche a au moins démontré un besoin d'harmoniser des critères de l'arbitrabilité. Toutefois, jusqu'à maintenant, le but n'a pas été atteint. Parmi des diverses raisons expliquant cet échec, il nous paraît important d'indiquer le deuxième élément de la formule présentée par la CNUDCI. Le groupe de travail a en effet proposé un critère de portée générale, accompagné par un catalogue des litiges inarbitrables, élaboré sur la base des catalogues suggérés par des législateurs nationaux. Bien qu'une telle formule soit considérée comme favorable à l'arbitrage dans le sens général<sup>787</sup>, l'inquiétude, concernant le manque de flexibilité et le particularisme de tels inventaires, exprimée par la Commission même<sup>788</sup>, peut être justifiée par le développement constant du phénomène de *favor arbitrandum*, également à la lumière de la jurisprudence internationale récente<sup>789</sup>. Telle est d'ailleurs la position de la doctrine anglophone qui

---

<sup>787</sup> V., en ce sens, C. A. Arrue Montenegro, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, op. cit., n° 243, p. 141. L'auteur indique deux techniques législatives : restrictive à l'arbitrage (une définition explicite de l'arbitrabilité sous forme d'une liste exhaustive de matières arbitrables) et favorable à l'arbitrage (un principe d'arbitrabilité, accompagné d'une liste des questions inarbitrables). M. Arrue Montenegro cote à cet égard la formule adoptée en droit français (l'art. 2059 et 2060 du frCc – l'arbitrabilité de « tout litige dont les parties ont la libre disposition et l'inarbitrabilité de toute matière intéressant l'ordre public ») et la formule en droit panaméen ( l'art. 2 du Décret-loi sur l'arbitrage qui indique deux causes de l'inarbitrabilité – « les matières dont les parties n'ont pas la libre disposition » et les « questions sur lesquelles il existe un jugement bénéficiant de l'autorité de la chose jugée »).

<sup>788</sup> Comme indiqué par M.P. Perales Viscasillas, « *legal certainty is rarely achieved due to the fact that many states deal with arbitrability in specific areas of regulation* », v. M.P. Perales Viscasillas, « Is a uniform arbitrability (...) », op. cit.

<sup>789</sup> V. CA Madrid, 18 octobre 2013, aff. n°147/2013, NCJ058152, *in favorem arbitrandum* en droit de la concurrence; Cour de cassation de Dubai, 23 novembre 2014, *Al Reyami Group LLC v. BTI Befestigungstechnik GmbH & Co KG*, aff. n° 434/2014; *International Journal of Arbitration* 2016, 82 (3), p. 237, obs. Balen – *in favorem arbitrandum* dans les contrats de distribution; Supreme Court of India, 24 janvier 2014, *World Sports Group (Mauritius) Ltd c. MSM Satellite (Singapore) Private Limited (WSG)*, AIR 2014 SC 968, disponible en ligne: <https://indiankanoon.org/doc/48872488/>, A. J. van den Berg (éd.), *Yearbook Commercial Arbitration* 2014, vol. 39, p. 408; Supreme Court of India, 28 mai 2014, *Swiss Timing Ltd c. Organizing Committee, 2014 (7) SCALE 515*, disponible en ligne: <https://indiankanoon.org/doc/134382998/>; *Indian Journal of Arbitration Law* 2014 III (2), p. 23, note Sindhu – *in favorem arbitrandum* dans des litiges concernant « fraude »; Cour commerciale de Saint-Petersbourg, 17 février 2016, *Nevskaya Concession Company c. Ville de St. Petersburg*, aff. n° A56-9227/2015; obs. M. Scherer (éd.), *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Press, New York 2018, n° 12.52 – relativement *in favorem arbitrandum* dans les contrats de concession; Court of Appeal (England and Wales), 1<sup>er</sup> avril 2015, *The London Steam Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd c. The Kingdom of Spain and The French State (The "Prestige")*, EWCA Civ 333, 2 *Lloyd's Rep*, p. 33 – *in favorem arbitrandum* dans le cas des litiges concernant des conduites criminelles présumées; Court of Appeal of Singapore, *Tomolugen Holdings Ltd and another c. Silica Investors Ltd and other appeals*, 2015, 1 *SLR* 373; *ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, note Hwang

s'appuie, de plus, sur la logique de la Convention de New York liant la détermination de l'arbitrabilité en matière internationale à la *lex fori* pour condamner l'idée des catalogues exhaustifs<sup>790</sup>.

189. À cause du fait que l'arbitrabilité constitue une notion cruciale, tranchée par le tribunal arbitral (*ex officio*) et par les juridictions nationales (*ex officio* en tant qu'un motif possible de l'annulation ou de la non-reconnaissance de la sentence arbitrale), la Convention de New York contient également des dispositions portant sur l'arbitrabilité. Toutefois, sa portée n'est pas précisée<sup>791</sup>. Malgré le fait que la Convention ait unifié les conditions de forme de la clause d'arbitrage dans l'art. II (2), pour les autres conditions, elle s'est limitée à l'uniformisation dans l'art. V des règles de conflit applicables. On peut également constater que la portée de la Convention de Genève était la même dans les articles I et VI<sup>792</sup>.

---

et Chang – *in favorem arbitrandum* dans les cas des recours pour l'oppression des minorités; Bombay High Court, 12 avril 2016, *Eros International Media Ltd c. Telex Links India Pvt. Ltd.*; <https://indiankanoon.org/doc/148880955/>; *Kluwer Arbitration Blog*, 16 juin 2016, note Kurlekar, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/16/a-false-start-uncertainty-in-the-determination-of-arbitrability-in-india/> – *in favorem arbitrandum* en droit de la propriété intellectuelle.

<sup>790</sup> J. P. Ovington, « Arbitration and U.S. Antitrust Law: Conflict of Policies », *Journal of International arbitration* 1985 (2), p. 60.

<sup>791</sup> V. les articles II (1) et V(2)(a) de la Convention de New York.

<sup>792</sup> V. les articles I et VI de la Convention de Genève.

## **Paragraphe 2. Le silence du droit de l'Union européenne**

190. Le phénomène de l'arbitrabilité pourrait également être analysé sur le plan de la réglementation de l'Union européenne<sup>793</sup>. Comme a remarqué Mme Coipel-Cordonnier en analysant la portée de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, si l'acte de 1968 décidait de régir toute l'admissibilité des conventions d'arbitrage à l'exclusion du droit des États contractants, une uniformisation du droit commun, comprenant également le contenu de l'arbitrabilité des litiges, serait envisageable. L'arbitrabilité constitue en effet un problème crucial en matière d'applicabilité de la convention d'arbitrage que les Conventions de New York et de Genève n'ont pas unifié<sup>794</sup>. Aussi, si la validité d'une convention d'arbitrage relevait du champ d'application de la Convention de Bruxelles, il serait utile, d'après certains auteurs, de créer une définition autonome et générale de l'arbitrage en droit européen pour éliminer le risque que la validité de cette convention ne soit évaluée en fonction des critères nationaux différents<sup>795</sup>.
191. Les tendances actuelles à européeniser le droit privé dans le contexte de l'intégration européenne ont mené la Commission européenne à formuler un projet de réforme du règlement n° 44/2001 (Bruxelles I)<sup>796</sup>. Les discussions qui précédaient la réforme avaient eu pour but de répondre à la question de savoir comment le droit européen pouvait influencer les régimes nationaux de l'arbitrage dans les États Membres. Cependant la position qui a prévalu, surtout parmi des auteurs français et anglais, était

---

<sup>793</sup> « *Area of Justice* », cf. H. Van Houtte, *Toward a European Arbitration Regime?* In A. Brozowski, W. Kocot, K. Michałowska (éd.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana prof. J. Rajskiemu*, C. H. Beck, Warszawa 2007, pp. 425-438. En ce qui concerne la jurisprudence de la CJUE dans le contexte de l'ordre public européen v. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>794</sup> N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, n° 146, p.151.

<sup>795</sup> Cf. l'art. I al. 2(4) de la Convention de Bruxelles tel qu'analysé par de D. Hascher, cité par N. Coipel-Cordonnier, *op. cit.*, n° 146, p.151.

<sup>796</sup> Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), 14 décembre 2010, COM (2010) 748 final ; l'arrêt *Allianz et Generali Assicurazioni Generali*, *préc.*; B. Hess, T. Pfeiffer, P. Schlosser, *The Brussels I Regulation – Application and Enforcement in the EU*, Heidelberg Report on the Regulation Brussels I, C. H. Beck, München 2008.

que la communautarisation de l'arbitrage international est « inutile » (à cause de l'application possible de la Convention de New York), et « dangereuse » (à la lumière de l'hypothèse disant que chaque État Membre façonne le régime de l'arbitrage de la manière la plus efficace possible dans son propre *forum*)<sup>797</sup>.

192. Par conséquent, le règlement n° 1215/2012 (Bruxelles I bis)<sup>798</sup> a confirmé l'exclusion de l'arbitrage de son champ d'application. « L'approche minimaliste » de la Commission européenne, lors de la révision du règlement Bruxelles I, n'a pas donc finalement mené à l'inclusion de définition de l'arbitrabilité dans l'acte modifié. Malgré cela, certains efforts *in favorem arbitrandum* ont été faits dans le domaine des autorisations de fusions en tant que des instruments de « l'exécution privée » du droit antitrust<sup>799</sup>. Les commentateurs de l'amendement ont également souligné le problème de la validité des clauses d'arbitrage dans le cadre des litiges portant sur les contrats de concession exclusive de vente en droit belge<sup>800</sup>. Pourtant, comme a remarqué à juste titre M. Pinsolle, un système potentiel commun de reconnaissance des sentences arbitrales n'a pas de vocation à réparer des problèmes particuliers des régimes anachroniques de l'arbitrabilité au sein des législations nationales<sup>801</sup>. Un standard uniforme de l'arbitrabilité constitue sans doute un problème bien plus précis, antérieur à celui de la reconnaissance des décisions.

---

<sup>797</sup> M.V. Benedettelli, « Communitarization' of International Arbitration : A new Spectre Haunting Europe ? », *Arbitration International* 2012, 27 (4), p. 583.

<sup>798</sup> Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 351, 20.12.2012, p. 1–32).

<sup>799</sup> M.V. Benedettelli, *op.cit.*, p. 593. Depuis la décision de la Commission européenne *Elf Aquitaine-Thyssen/Minol*, du 4 septembre 1992, IV/M.235, n° CELEX 392M0235, la Commission exige la procédure arbitrale dans le cas des différends privés résultant de violations alléguées de mesure structurelle imposée par la Commission, tout en accordant des autorisations de fusion conditionnelle, conformément à l'art. 6 du règlement (CE) 139/2004. Cette pratique a été confirmée par la Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (2008/C 267/01), et par la décision de la Commission du 2 mars 2011, *Ericson/Nortel Group*, COMP/M.6095, EUR-Lex n° 32011M6095.

<sup>800</sup> Les différends résultant de la résiliation d'un contrat de vente exclusif sont considérés inarbitrables à la lumière des dispositions impératives de la loi belge du 27 juillet 1961, applicable à cette question, ce qui exclut une telle option si la loi désignée par les parties dans la clause d'arbitrage est la loi belge, v. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II et III.

<sup>801</sup> Ph. Pinsolle, « Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001 », *Cah. arb.*, 2010 (1), p. 31.

## Section II. LA RECHERCHE D'UN CRITÈRE TRANSNATIONAL

193. Sans avoir repéré de standards communs de l'arbitrabilité dans les textes du droit international et européen, nous tenterons d'analyser les définitions de l'arbitrabilité sur le plan des législations nationales. Nous partons du postulat qu'elles constituent une plateforme propice pour dégager des standards transnationaux tenant compte de la géométrie variable des critères nationaux de l'arbitrabilité. C'est dans ce sens que, en raison de position diversifiée de la doctrine envers des normes des droits nationaux pouvant répondre aux exigences de l'arbitrage international, M. Gaillard, qui met l'accent sur « *l'activité normative de la communauté des États* », a proposé une approche normative transnationale (contrastant avec celle portant sur des normes « *anationales* ») pour rendre compte de « *la logique étatique* » des règles<sup>802</sup>. À cet égard, le caractère dynamique de la méthode de l'extraction des règles transnationales rompt avec la méthode conflictualiste classique en faveur de la méthode comparatiste, utilisant des ressources du droit comparé ce qui permet de répondre à « *l'ensemble des questions susceptibles de se poser aux opérateurs du commerce international* »<sup>803</sup>.
194. L'approche transnationale y est donc conçue comme un ensemble des principes généraux, une source d'inspiration pour des législateurs et des juges nationaux, tout en émanant de l'autonomie de l'arbitrage international<sup>804</sup>. Dans ce cadre, il existe une certaine « circulation » des critères d'arbitrabilité qui convergent et divergent dans les différents droits nationaux (**Paragraphe 1**). Cette idée enracine par conséquent la recherche sur les concepts théoriques plus profonds de l'arbitrabilité, comme la présomption de celle-ci, et des postulats doctrinaux selon lesquels l'arbitrabilité est un principe *per se*, applicable directement, sans référence aux droits nationaux de

---

<sup>802</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 41, p. 63.

<sup>803</sup> *Ibid.*, n° 62, p.88.

<sup>804</sup> V., en ce sens, M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice », *op.cit.*, pp. 753 *et s.* et N. Coipel-Cordonier, *op. cit.*, n° 101, p. 103. Mme Copiel-Cordonier se réfère à la convention d'arbitrage conclue en matière internationale, qui dépend de normes transnationales qu'elle conçoit comme ne provenant pas d'un ordre juridique étatique, mais élaborées par les acteurs du commerce international et concrétisées par la pratique arbitrale internationale. Dans nos analyses nous allons toutefois étudier ci-dessous également l'impact des règles transnationales sur l'arbitrabilité en matière interne.

l'arbitrage<sup>805</sup>. Ces derniers peuvent pourtant être classifiés selon les modèles législatifs, ce qui facilite l'étude des règles fonctionnelles d'arbitrabilité (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1. La réflexion sur l'approche transnationale à l'arbitrabilité***

195. L'influence des théories « modernes » de l'arbitrage sur l'arbitrabilité, comme celle de la théorie autonome, ne peut pas être entièrement comprise sous l'angle de l'opposition par rapport au caractère duale de l'arbitrage, traditionnellement enraciné par la théorie contractuelle et juridictionnelle<sup>806</sup>. Bien que la logique de développement de l'arbitrage tende vers l'internationalisation et l'unification de procédure, il serait injustifié de constater que la théorie autonome rompt avec l'optique dualiste en faveur d'une vision « holiste » de l'arbitrage. Si nous admettons que les théories modernes ont pour but la conceptualisation globale de celui-ci, la recherche de règles transnationales relatives à l'arbitrabilité nous paraît potentiellement compatible avec la nature autonome de l'arbitrage. Nous proposons par conséquent une piste d'analyse qui révèle la « fluctuation » du phénomène de l'arbitrabilité entre les éléments des ordres juridiques nationaux et de « l'ordre arbitral ».
196. Après avoir démontré que la logique de la théorie mixte de l'arbitrage nous emmène, paradoxalement, de retour aux théories monolithiques de l'arbitrage – puisqu'elle repose en effet sur la juxtaposition des éléments contractuels et juridictionnels et parce qu'elle n'est pas cohérente avec la spécificité de résolution des litiges internationaux à cause de sa représentation « monolocalisatrice », centrée sur la notion de siège de l'arbitrage<sup>807</sup>, la tendance de la doctrine à construire une théorie complexe et originale de l'arbitrage, qui permette de cerner sa nature unique et autonome, nous paraît finalement pleinement justifiée.

---

<sup>805</sup> B. Hanotiau, « What law governs the issue of arbitrability? », *Arbitration international*, 12 (4), p. 403. L'auteur se réfère à la conclusion citée par B. Goldmann.

<sup>806</sup> Cf. *supra* Chapitre préliminaire.

<sup>807</sup> V., en ce sens, E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 41, p. 63.

197. La question se pose de savoir si la libéralisation de la notion d'arbitrabilité, qui a eu lieu au cours des dernières trois décennies, prend son origine également dans ce courant théorique. La nature de l'arbitrabilité se laisse-t-elle plus facilement expliquée si nous prenons en compte le caractère revisité et autonome de l'arbitrage ? Serait-il envisageable que la théorie autonome de l'arbitrage nous mène vers la question de la nature potentiellement universelle de l'arbitrabilité, reposant sur un standard transnational ? La réponse à cette question se trouve dans l'étude du lien entre la théorie autonome de l'arbitrage et des règles conformes à la spécificité du commerce international (A) permettant ensuite d'analyser les convergences et les divergences des règles d'arbitrabilité (B).

#### A. La portée et la signification de la théorie autonome de l'arbitrage

198. La théorie autonome de l'arbitrage, prise dans le sens qui nous intéresse, ne constitue pas un courant homogène en soi puisqu'elle conçoit différemment le rôle des législations nationales dans le processus de création des normes de l'arbitrage commercial. La source théorique commune de tous ces courants remonte toutefois aux années 1960-1970, au cours desquelles le rôle des auteurs français, surtout de Berthold Goldman et de Jacqueline Rubellin-Devichi<sup>808</sup> ne doit pas être sous-estimé, comme le reconnaît d'ailleurs la doctrine polonaise<sup>809</sup>.
199. En constituant une réponse à l'internationalisation des relations économiques (et) commerciales, le premier courant de la théorie autonome met l'accent sur le rôle de l'autonomie des participants à la circulation économique dans la création des normes à travers des *legis mercatoriae*. De telles normes sont construites par l'intermédiaire des institutions de commerce, sans intervention du législateur national. Il se pose la question de l'existence d'un processus normatif où des législateurs nationaux sont

---

<sup>808</sup> Cf. B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964 (9), p. 177 ; J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, pp. 65 et s.

<sup>809</sup> A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 45.

remplacés par des *quasi*-législateurs privés. M. Gaillard voit une telle possibilité à travers de l'apparition d'un *ordre arbitral*<sup>810</sup>.

200. La deuxième approche, élaborée par J. Rubellin-Devichi, permet au contraire d'inclure des droits nationaux de l'arbitrage dans la vision holiste de l'arbitrage commercial qui, malgré ses inclinations internationales, découle, dans sa structure normative, également des normes nationales des États particuliers. En plus, suivant les postulats de la pratique, le droit de l'arbitrage, compris désormais comme un résultat synergique des éléments contractuels et juridictionnels, devrait répondre surtout aux exigences de ses utilisateurs<sup>811</sup>. La nature de l'arbitrage peut donc être illustrée par la formule d'Aristote postulant que « *la totalité est plus que la somme des parties* ».
201. La convention d'arbitrage n'est plus un phénomène strictement juridictionnel à la lumière de la *lex fori*, mais c'est la volonté des parties, en se référant à l'institution cohérente et universelle de l'arbitrage, qui, en tant que mode privé de résolution des litiges, devrait être garantie par des législateurs nationaux<sup>812</sup>. L'autonomie absolue de la volonté y est indispensable pour le développement de l'institution de l'arbitrage<sup>813</sup>. Dans ce contexte, il faut encore pouvoir répondre à la question portant sur les limites de l'arbitrage, dans le sens général, et les limites de l'arbitrabilité *in concreto*. Seraient-ils uniquement d'une autonomie relative, leurs limites étant fixées par des normes des droits nationaux? Dans la doctrine polonaise, il existe une version comparable à la théorie autonome de l'arbitrage, qui est élaborée par M. Wiśniewski<sup>814</sup>. La théorie dite « intégrale » se concentre sur la convention d'arbitrage conclue dans le cadre de la libre volonté des parties. Le caractère de la convention ne repose pourtant ni sur des éléments procéduraux ni ne possède de caractère substantiel, mais découle, comme le droit à l'arbitrage en général, d'un droit constitutionnel portant sur le principe de l'autonomie

---

<sup>810</sup> E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, pp. 64 et s.

<sup>811</sup> A. Samuel, *Jurisdictional Problems (...)*, *op. cit.*, p. 72.

<sup>812</sup> A. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, p. 45.

<sup>813</sup> J. Rubellin-Devichi, *op. cit.*, n° 161, pp. 118 et s.

<sup>814</sup> A.W. Wiśniewski, « Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego », *ADR* 2008 (2), p. 65.



individuelle (l'art. 31 de la Constitution de la République de Pologne lu à la lumière de ses articles 5 et 7<sup>815</sup>).

## B. Les convergences et les divergences des règles d'arbitrabilité

202. Traditionnellement, il est soutenu que les règles transnationales de l'arbitrabilité proviennent de l'usage et des pratiques commerciales internationales, et peuvent être considérées comme des règles matérielles de l'arbitrage dans les différents domaines du droit<sup>816</sup>. Il est également admis que l'arbitrabilité peut relever de l'ordre public transnational (l'ordre public « *réellement international* »<sup>817</sup>), dont des principes sont susceptibles d'évincer une loi nationale qui prévoit l'inarbitrabilité d'un litige<sup>818</sup>. Cela

---

<sup>815</sup> *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, 2 avril 1997 Dz.U. 1997 n° 78 pos. 483. Il faut remarquer que la source constitutionnelle du choix des parties, reposant sur l'autonomie individuelle, constitue un objet de controverse dans la doctrine polonaise. Certains auteurs la reconnaissent uniquement dans le cas de la convention d'arbitrage et non dans le cas de l'arbitrage en général, v. Ł. Błaszczak, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, p. 79.

<sup>816</sup> V., en ce sens, J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris 1999, n° 283 et s., pp. 163 et s. L'auteur cite, à titre d'exemple, le droit de la propriété intellectuelle (une règle conduisant à l'arbitrabilité de tout litige portant sur les contrats de licence ou de cessions d'un brevet ou d'une marque) et le droit de la faillite (la règle prévoit que le seul fait de l'ouverture d'une procédure collective n'interrompt pas l'arbitrage), cf. Tribunal fédéral suisse, 31 mars 2009, *Vivendi S.A. et al. c. Deutsche Telekom AG et al.*, 4A\_428/2008, non publié, *Cah. arb.*, 2011, p. 36-45, note Baizeau, v. *infra* Partie II, Titre II, Chapitre I Section II. Il faut noter que, en matière de la propriété industrielle, les droits étatiques donnent de plus en plus souvent naissance à une règle matérielle autorisant l'arbitrage, à l'exception des litiges portant sur la validité des brevets (l'exemple *in favorem arbitrandum* en droit suisse, v. Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II.)

<sup>817</sup> Comme défini notamment par J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 629, p. 353 et E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, *op. cit.*, n° 115, p. 177. Contrairement à l'ordre public international qui est d'origine étatique, l'ordre public transnational prend sa source dans la collectivité des États et des commerçants internationaux, son contenu étant largement répandu dans de nombreux ordres juridiques. Pour une analyse plus détaillée de la notion d'ordre public, v. *supra* Partie I, Titre I. Cf. également Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding et a.*, *Rev. arb.*, 2007, p. 507, rapport J.P. Ancel, note Gaillard; *JDI* 2007, p. 1236, note Clay; *JCP G* 2007, I, 2016, n° 7, obs. Seraglini; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. Loquin; *D.* 2008, p. 1429, note Degos; *RCIDP* 2008, p. 109, note Bollée; la sentence arbitrale est comprise comme une norme sans aucun rattachement à un ordre juridique étatique en particulier, sa juridicité découle de l'ordre juridique arbitral (« *réellement international* »). En ce sens v. l'analyse de F. Grisel, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Fondation Varenne, Clermond-Ferrand 2011, p. 90.

<sup>818</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 288 et s., p. 165; n° 628, p. 353. L'auteur cite notamment la reconnaissance de l'arbitrabilité dans le domaine du droit de concurrence, cf. le courant jurisprudentiel américain : *Sherk c. Alberto Culver Co.*, *préc. Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, *préc.*; le courant jurisprudentiel français : *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, *préc.*; CA Paris, 1 octobre 1993, *Aplix c. Velcro*, *Rev. arb.*; 1994, p. 164, note Jarroson (matière internationale); CA Paris, 12 septembre 2002, *Macron et SARL IDD c.*

n'exclut pas la possibilité d'analyser l'arbitrabilité à travers l'approche transnationale en se basant sur des droits nationaux, les stratégies législatives qu'ils adoptent par rapport à l'arbitrage et des critères de l'arbitrabilité qu'ils retiennent.

203. Tout d'abord, même si de nombreux droits de l'arbitrage ont convergé vers une position approximativement similaire envers l'arbitrabilité, au moins dans le sens général, certaines particularités subsistent. La convergence des critères de l'arbitrabilité n'est effectivement pas reconnue de manière explicite par tous les auteurs. Une opinion positive sur ce point a été exprimée par B. Hanotiau<sup>819</sup> et J.- B. Racine<sup>820</sup>. Elle nous semble toutefois trop simplifiée et généralisée. Alors que M. Hanotiau parle d'une « *réalité juridique identique* »<sup>821</sup> des standards de l'arbitrabilité, ce qui pourrait éventuellement correspondre à l'aspect pratique et un résultat final de l'application des critères différents, comme la libre disponibilité des droits et la transigibilité<sup>822</sup>, l'assimilation du critère de la libre disponibilité et celui de la nature patrimoniale de la cause, proposée par M. Racine, nous semble poussée trop loin, au moins en raison de l'enracinement du premier dans les méthodes des conflits des lois et du caractère substantiel du second<sup>823</sup>.
204. À juste titre, M. Megerlin constate que la convergence des critères de l'arbitrabilité n'est qu'apparente et qu'elle constitue uniquement une « *similitude des approches, et non une identité des intérêts* »<sup>824</sup>. D'après cette lecture, l'utilité pratique de ce phénomène serait significative pour le régime de reconnaissance et de l'exécution des

---

SCAP, *Rev. arb.*, 2003, p.173, note Boursier ; récemment en droit espagnol: CA Madrid, 18 octobre 2013, *préc.*

<sup>819</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n°41, p. 931.

<sup>820</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 284, pp. 163 et s.

<sup>821</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n°41, p. 931.

<sup>822</sup> V. *infra* Partie I, Titre I, Chapitre II.

<sup>823</sup> V., en ce sens, A. Kirry, *Arbitrability : Current Trends in Europe*, *Arbitration International* 1996, 12(4), p. 379 ; K. Sajko, *On arbitrability in comparative arbitration – an outline*, PFZ, Zbornik 2010, 60 (5), pp. 961-969.

<sup>824</sup> F. Megerlin, *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé – essai critique sur la méthode*, thèse de doctorat non publiée, Université Paris II Panthéon-Assas, 17 décembre 1999, pp. 93 et s.

décisions arbitrales. Cependant, de prétendues tendances unificatrices législatives ne peuvent pas, en réalité, combattre entièrement « *l'indifférence du for d'exécution à loi étrangère régissant la convention d'arbitrage et l'arbitrabilité du différend, l'indifférence au sort de la sentence dans son for d'émission* »<sup>825</sup>. Néanmoins, nous n'adhérons pas à la conclusion de M. Megerlin, selon laquelle, en matière d'arbitrabilité, il n'y aurait « *aucune contribution étatique positive à l'élaboration d'un ordre public transnational* »<sup>826</sup>.

205. Même si la vision de J.-B. Racine, postulant que l'arbitre apprécie l'arbitrabilité d'un litige au travers de critères transnationaux de l'arbitrabilité, constitue plutôt une hypothèse<sup>827</sup>, surtout dans le contexte des particularismes subsistants dans les droits nationaux, serait-il tout de même possible d'analyser ces particularités afin de pouvoir conceptualiser un principe commun de base ? Un tel axe de recherche est caractéristique pour des analyses portant sur l'idée de présomption d'arbitrabilité qui est un concept essentiellement judiciaire<sup>828</sup>. À cet égard, le rôle de la présomption est de remplacer le caractère arbitraire du processus d'évaluation de l'arbitrabilité, en le dirigeant vers un « *algorithme* » générale et fonctionnel où l'arbitrabilité est acceptée par défaut<sup>829</sup>.
206. Deuxièmement, l'arbitrabilité dans l'arbitrage interne et dans l'arbitrage international n'est pas le même concept, indépendamment du fait de savoir si un ordre juridique

---

<sup>825</sup> *Ibid.*, n° 155, p. 93.

<sup>826</sup> *Ibid.*, n° 161, p. 97.

<sup>827</sup> J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n°282, p. 163. L'auteur même admet que ce phénomène est inhabituel et n'est pas clair.

<sup>828</sup> N. Bakic, *op.cit.*, pp. 57. V. également la première décision qui a postulé un standard général de l'arbitrabilité : CCI, *aff. n° 3896*, 13 avril 1982, *J.D.I.* 1984 (58), décision intérimaire dans l'affaire *Framatore et al. c. Atomic Energy Organization of Iran*.

<sup>829</sup> *Ibid.*, pp. 56 et s. et les références citées; « *all matters are arbitrable, unless evidence to the contrary is provided* ». V. également C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, n° 798 et s., pp. 430 et s. L'auteur utilise la notion de « *présomption antéjudiciaire* » pour définir une présomption qui désigne à l'avance la solution à retenir si le fait reste irrémédiablement douteux. La même construction de présomption est utilisée pour la présomption de bonne foi, la présomption d'innocence, la présomption de la conformité de la décision à l'ordre public international et la présomption d'arbitrabilité. V. également *infra* (le modèle de contrôle de l'arbitrage par les États de M. Arrue Montenegro).

donné prévoit pour ces deux cas des régimes différents<sup>830</sup>. Malgré le fait que plus de droits peuvent s'appliquer à l'évaluation de l'arbitrabilité dans l'arbitrage international, un standard uniforme ne semble pas plus facilement concevable en arbitrage interne. Comme discuté ci-dessus, les critères de l'arbitrabilité des litiges internes varient par rapports aux particularités des législations, étant également plus restrictifs que des standards de l'arbitrabilité en matières internationale – plus flexibles *per se*<sup>831</sup>. Dans les systèmes monistes de droit de l'arbitrage, où le même critère d'arbitrabilité s'applique aux litiges internes et internationaux, des règles plus restrictives peuvent même dominer le concept d'arbitrabilité faute des standards clairement distingués pour des litiges internationaux<sup>832</sup>. La divergence, de même que la concurrence, entre les règles de l'arbitrabilité subsistant dans les systèmes dualistes, peuvent à leur tour obscurcir la vision de l'arbitrabilité au sein d'un même ordre juridique. Un tel chevauchement des critères peut alors favoriser une approche transnationale à l'arbitrabilité, vu que la conceptualisation des standards uniformes serait difficile à atteindre.

207. Il nous paraît toutefois important de remarquer que des règles transnationales peuvent parfois masquer, dans une certaine mesure, l'application des normes nationales. C'est le cas de la nature particulière du droit français de l'arbitrage, illustrée notamment dans les jurisprudences *Dalico* et *Hecht*<sup>833</sup>, qui postulent l'abandon de l'application des

---

<sup>830</sup> Pour la notion du monisme et dualisme cf. *supra*, le chapitre précédent.

<sup>831</sup> P.ex. les critères suisses de l'arbitrabilité en arbitrage international (le caractère pécuniaire des litiges) et en arbitrage interne (la libre disponibilité des droits), cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II.

<sup>832</sup> V. *supra*, le chapitre précédent.

<sup>833</sup> V. la jurisprudence *Hecht* et *Dalico*, préc. Depuis la jurisprudence *Hecht*, la clause d'arbitrage insérée dans un acte de caractère civil ou mixte est valable quelle que soit la loi applicable au contrat, et malgré l'interdiction provenant de l'art. 2061 du frCc. La règle selon laquelle la validité de la clause compromissoire est appréciée indépendamment de toute loi étatique, constitue une règle matérielle de droit international privé. La règle découlant de l'arrêt *Dalico*, selon laquelle l'existence et l'efficacité de la clause compromissoire doit être appréciée sous l'angle de la volonté commune des parties et sans référence à une loi étatique, mais sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, a été classée par la Cour de cassation comme une « *règle matérielle du droit international de l'arbitrage* ». Cette deuxième définition, qui concerne toujours le même principe d'autonomie de la clause compromissoire, n'est pas claire en raison de son rapprochement avec la notion de *lex mercatoria*, la doctrine lui accordant plutôt le statut d'une règle de droit français à portée internationale, cf. l'analyse de C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* Travaux et recherches Panthéon-Assas Paris II, LGDJ, E.J.A., Paris 1995, p. 29.

règles des conflits de lois dans les conventions d'arbitrage portant sur les transactions internationales en faveur des normes impératives du droit français<sup>834</sup>. À cet égard, certains se sont interrogés sur le point de savoir si la jurisprudence française, se référant à l'ordre public international en tant qu'une seule limite de l'arbitrabilité, favorise principalement les règles de droit français ou tend, réellement, à développer une norme transnationale de l'arbitrabilité<sup>835</sup>. Il s'agit, en effet, de l'analogie entre les normes transnationales et les normes d'un ordre juridique étranger, ces dernières étant accueillies uniquement si l'une des normes étatiques en assure la réception<sup>836</sup>. Le mécanisme similaire devrait donc exister pour les normes non-étatiques, ce qui pourrait être justifié par l'illustration de l'art. 1511 du frCPC qui se réfère à l'usage de commerce comme outil de raisonnement de l'arbitre en matière internationale<sup>837</sup>. Des normes transnationales relatives à la convention d'arbitrage ne s'imposeraient pas par elles-mêmes, mais il devrait exister une norme de nature jurisprudentielle, n'étant d'ailleurs pas explicite. Un juge français créerait alors une règle d'origine prétorienne qui reconnaîtrait une éventuelle norme transnationale<sup>838</sup>.

208. Quelles que soient les motivations des juges et la clarté des règles qui leur permettent d'appliquer une norme transnationale, si nous cherchons un principe d'arbitrabilité dans une approche législative dualiste de l'arbitrage, comme en droit français, elle peut être déduite plus facilement en matière internationale. En matière interne cependant, la définition générale de l'arbitrabilité (la libre disponibilité des droits) et le critère large de l'inarbitrabilité (défini par la portée de l'ordre public) ne permettent pas de tirer une conclusion similaire. Par conséquent, l'essence de la flexibilité du régime français de

---

<sup>834</sup> V. Ph. Fouchard P., E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit., pp. 245-254; cf. l'analyse critique de ce problème dans la littérature polonaise: M. Tomaszewski, « Umowa o arbitraż », In A. Szumański (éd.), *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, op. cit., pp. 354 et s..

<sup>835</sup> Dans la littérature française, v. p. ex : H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt *Dalico*, *préc. Rev. arb.*, 1994, pp. 118 et s. Cf. également M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice », op. cit., p. 766.

<sup>836</sup> N. Coipel-Cordonnier, op. cit., n° 101, pp. 102 et s.

<sup>837</sup> Pour l'analyse de la juridiction arbitrale, cf. Cass, 1<sup>re</sup> civ., 1 octobre 2011, *Elf Aquitaine*, *Bull. civ.*; 2011, I, n° 163, *Rev. crit.*, *DIP* 2012, 121, note Muir-Watt; *LPA* 2012, n° 141, p. 18, obs. Clavel; *Procédures* 2011, p. 370, note doct. 1432, § 6, obs. Seraglini ; *D.* 2012, 2337, obs Bolée ; *RTD com.*, 2012, p. 522, obs. Loquin.

<sup>838</sup> V., en ce sens, N. Copiel-Cordonnier, op. cit., n° 102, p. 106.

l'arbitrabilité repose sur le régime de l'arbitrage international. Son influence sur la vision interne de l'arbitrabilité reste moins apparente que dans les systèmes avec une interpénétration des standards en matière interne et internationale, comme c'est le cas du droit suisse qui autorise des parties à choisir le régime applicable à l'arbitrabilité par le système d'*opting-out*<sup>839</sup>.

***Paragraphe 2. Les modèles théoriques à la recherche d'un critère fonctionnel d'arbitrabilité***

209. Il faut de démontrer une méthode de conceptualisation et d'évaluation des règles transnationales de l'arbitrabilité à travers une analyse des ordres juridiques nationaux. Nous partons du postulat que la systématisation des modèles législatifs peut constituer une approche méthodologique applicable au problème en question. À cet égard, il serait possible de détecter des critères fonctionnels d'arbitrabilité, ceux-ci reflétant, en effet, des concepts transnationaux qui les enracent. Une telle approche a été notamment retenue pour la détection d'une présomption d'arbitrabilité (A)<sup>840</sup> et l'évaluation de contrôle de l'arbitrage par les États (B)<sup>841</sup>. Nous allons proposer ensuite la synthèse des modèles en question (C).

**A. Le modèle de présomption d'arbitrabilité de N. Bakić**

210. Le modèle de M<sup>me</sup> Bakić classifie les approches législatives de la réglementation de l'arbitrabilité objective par rapport à sa définition, exprimée dans les termes positifs ou négatifs, et la portée d'une définition ainsi construite. D'un côté, la méthode a pour but la détection de la présomption d'arbitrabilité en tant qu'un concept transnational dans une législation, étant donné que des conditions législatives de base sont remplies. De l'autre, cependant, elle soulève des doutes concernant les limites des définitions positives de l'arbitrabilité, la précision des concepts de l'inarbitrabilité ainsi que la

---

<sup>839</sup> V. *supra*, la notion de dualisme.

<sup>840</sup> N. Bakic, *op. cit.*, pp. 56-62.

<sup>841</sup> C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, pp. 88-125 et 449 - 474.

compétitivité des notions équivalentes de l'arbitrabilité et l'inarbitrabilité au sein d'un ordre juridique.

211. Or, la présomption d'arbitrabilité peut être déduite si l'arbitrabilité est définie *sensu largo* et l'inarbitrabilité n'est pas définie (approche « A »). Une telle approche est appliquée en droit belge et en droit suisse de l'arbitrage. La présomption d'arbitrabilité peut par la suite être déduite si l'arbitrabilité est définie *sensu largo* et l'inarbitrabilité est définie d'une manière restreinte (approche « B »). Une illustration de cette approche est à trouver en droit polonais et allemand. La présomption d'arbitrabilité peut être également déduite si ni l'arbitrabilité ni l'inarbitrabilité n'est précisée, comme c'est le cas de la Common Law (approche « C »). La présomption d'arbitrabilité peut être finalement déduite si l'arbitrabilité n'est pas définie et l'inarbitrabilité est définie de manière restreinte, comme c'est le cas du droit de l'arbitrage interne et international en Russie ainsi qu'en droit de l'arbitrage international en Croatie, et en droit singapourien (approche « D »)<sup>842</sup>.

## **B. Le modèle du contrôle de l'arbitrage par les États de C. A. Arrue Montenegro**

212. Le modèle de C. A. Arrue Montenegro explique des limites de l'autonomie de la volonté, au fondement des conventions de juridictions, par le statut des instruments du contrôle étatique sur l'arbitrage dans les ordres juridiques<sup>843</sup>. Même si le modèle se

---

<sup>842</sup> N. Bakic, *op. cit.*, pp. 58 et s.

<sup>843</sup> C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, pp. 88-125 et 449 – 474. À titre d'exemple, il est possible d'évoquer l'institution de l'exequatur. À cet égard, il est possible de se référer au droit suisse en tant qu'illustration incontestée de l'approche législative favorable à l'arbitrage. L'art. 190 (1) de la LDIP prévoit que, si l'exécution de la sentence arbitrale rendue en Suisse a lieu en Suisse, une telle décision est automatiquement exécutoire. Dans la situation en question, la Convention de New York ne s'applique pas, une « révision » éventuelle de la sentence ne pouvant pas s'effectuer dans les pays de l'exécution. Des parties non suisses disposent néanmoins de la possibilité de renoncer à leur droit à l'annulation de la sentence au motif du manque de juridiction du tribunal arbitral, dont l'une des causes peut être l'inarbitrabilité du litige. Cependant, dans la pratique, il semble plus probable que les parties non suisses seront intéressées par l'exécution de la sentence dans un autre pays (ou la « révision » de la sentence est possible conformément à la Convention de New York). De même, dans le cas des sentences rendues à l'étranger et exécutées en Suisse, les juridictions étatiques ne pourraient pas les « réviser » selon les règles de la Convention de New York, puisque la lecture de l'art. 192 (2) de la LDIP suggère un tel contrôle, uniquement après la renonciation par les parties de tous les motifs de l'annulation. Si les parties renoncent seulement à leur droit à contester le manque de juridiction, le régime de la Convention de New York ne s'applique pas en théorie, ceci étant toutefois considéré comme une erreur

concentre sur l'arbitrage en général, en analysant l'approche « universaliste » (« stabilisante ») et « particulariste » (« agressive ») des États par rapport à l'arbitrage, il constitue également une illustration du phénomène de *favor arbitrandum*.

213. A la lumière du modèle en question, la distinction est faite entre des législations dont la politique législative se dirige vers le maintien d'une « *position dominante* » au sein du marché international de l'arbitrage et celles qui entreprennent des efforts pour la conquête d'une « *place d'arbitrage* » au sein du même marché. D'après les postulats de la première stratégie, l'État participe au marché de l'arbitrage. L'effet négatif du principe compétence-compétence étant reconnu, en favorisant la validité de l'arbitrage, le tribunal arbitral n'applique pas des règles de conflit. Le but de l'État n'est pas de devenir « *victime* » de l'arbitrage. M. Arrue Montenegro évoque, à cet égard, l'exemple de droit français de l'arbitrage et la position *in favorem arbitrandum* des législateurs panaméen et péruvien quant aux litiges concernant le pétrole en Amérique du Sud.
214. D'après l'approche « particulariste », à l'inverse, le législateur, en voulant attirer des parties potentielles à l'arbitrage, tend à créer un siège neutre de l'arbitrage ainsi qu'un régime de remise en question des décisions arbitrales faites « sur mesure ». C'est pourquoi la loi permet de renoncer à l'annulation des sentences arbitrales, comme c'est le cas en Belgique, Suisse, Suède, Tunisie et, récemment en France. Il nous semble néanmoins opportun de remarquer que la politique du législateur français constitue, d'après M. Arrue Montenegro, un exemple de l'approche « universaliste » qui, à la lumière de la dernière réforme de droit de l'arbitrage, introduisant à l'art. 1522 du frCPC la possibilité de renoncer à l'annulation de sentence arbitrale, interroge sur la forme de participation actuelle de l'état au marché de l'arbitrage en France.
215. Au niveau des standards des litiges arbitrables, le modèle démontre également, comme le modèle précédent, l'existence de présomptions d'arbitrabilité<sup>844</sup>. L'analyse du concept de l'arbitrabilité se concentre néanmoins sur la portée matérielle des critères

---

de rédaction du législateur par la grande majorité des auteurs suisses, cf. M. Arroyo (éd.), *Arbitration in Switzerland, The practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 291.

<sup>844</sup> C. A. Arrue Montenegro, *op. cit.*, n° 258, p. 148.



de celle-ci. Le phénomène de *favor arbitrandum* semble être mieux illustré, d'après M. Arrue Montenegro, par des critères flous qui définissent des litiges arbitrables selon le cas d'espèce et sont « *susceptibles de connaître des variations dans le temps et dans l'espace* »<sup>845</sup>. À cet égard, une valeur favorable à l'arbitrabilité est attribuée au droit français – un principe d'arbitrabilité (tous litiges librement disponibles), accompagné d'une liste de questions inarbitrables<sup>846</sup>. Toutefois, il n'existe pas de présomption d'arbitrabilité dans les systèmes d'arbitrabilité purement législatifs qui fixent des standards de l'arbitrabilité *in abstracto* et nécessitent l'intervention du législateur chaque fois que le critère en question n'est plus conforme à la pratique internationale et à l'intérêt de l'État<sup>847</sup>. Le droit polonais est l'exemple d'une telle approche, puisqu'il définit l'arbitrabilité à l'aide de critère de transigibilité des différends<sup>848</sup>.

### C. L'appréciation des modèles théoriques

216. Certes, le concept de la présomption d'arbitrabilité est décrit par M<sup>me</sup> Bakic, à juste titre, en termes judiciaires, puisque, en tant que tel, il enracine le déroulement de processus décisif de l'arbitre (*ex officio*) ou de juge national (*ex officio* en tant qu'un motif possible de l'annulation ou de la non-reconnaissance de la sentence arbitrale), statuant sur l'arbitrabilité. Nous postulons toutefois que le phénomène de *favor arbitrandum* découle d'un système de facteurs plus complexe et n'est pas uniquement un phénomène judiciaire<sup>849</sup>. Dans ce sens, le phénomène de *favor arbitrandum* représente en effet un phénomène plus large que la présomption d'arbitrabilité, cette

---

<sup>845</sup> *Ibid.*, n° 255, p.147.

<sup>846</sup> *Ibid.*, n° 243, p. 141.

<sup>847</sup> *Ibid.*, n° 257, p. 148.

<sup>848</sup> En ce sens, R. Kos, *Zdatność arbitrażowa sporów a ważność uchwał spółek kapitałowych*, PPH, 2014 (3), p. 32; SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*; *contra* A. W. Wiśniewski, *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce (...)*, *op. cit.*, pp. 202 et s. M. Wiśniewski postule l'évaluation *in concreto* de l'arbitrabilité. Une thèse comparable à celle de M. Arrue Montenegro, favorable au critère de la libre disponibilité des droits et défavorable au critère de la transigibilité, a été proposée par M<sup>me</sup> A. Suszał dans sa thèse de doctorat, v. A. Suszał, *op.cit.*, pp. 178 et s.

<sup>849</sup> Cf. également P. Sandonato de Léon, *Les présomptions judiciaires en droit international public*, Pedone, Paris 2015, pp. 16 et s. : « [l]a présomption judiciaire est placée au centre d'un carrefour complexe (...) ».

dernière étant plutôt un indice et un outil de la logique interprétative d'un juge ou d'un arbitre.

217. Pendant que la Common Law, surtout le droit de l'arbitrage aux États-Unis, en Angleterre et au Canada – mais également dans une certaine mesure le droit de l'arbitrage français en matière internationale – repose, en fait, sur la présomption judiciaire, la *favor arbitrandum* pourrait y représenter le même phénomène qu'un principe découlant de la jurisprudence, ce qui répond à la caractéristique de l'approche législative « C », les autres systèmes législatifs nous semblent indiquer toutefois un caractère plus nuancé de la *favor arbitrandum*. Les approches définies ci-dessus comme « A » et « B » constituent plutôt des modèles de présomption d'arbitrabilité où le phénomène de la *favor arbitrandum* possède un caractère législatif, la portée de l'arbitrabilité résultant directement de ses critères normatifs, inscrits dans les textes de loi. Dans les deux modèles, « A » et « B », l'arbitrabilité est définie à l'aide d'un critère général (transigibilité, libre disponibilité, patrimonialité). C'est donc la définition législative positive qui constitue dans ces cas le noyau dur de la présomption d'arbitrabilité. Le phénomène de *favor arbitrandum* doit pourtant être complété par des éléments jurisprudentiels, puisque la définition de l'inarbitrabilité est soit inexistante (approche « A ») soit restreinte (approche « B »). Dans le cas du droit interne de l'arbitrage en France (approche « B »), la question se pose, si la présomption d'arbitrabilité peut être déduite de la logique du modèle « B », sachant que le critère limitatif de l'arbitrabilité, c'est-à-dire l'ordre public, constitue un concept large et vague de celle-ci. Il est alors indispensable que la jurisprudence clarifie la portée de la définition de l'inarbitrabilité afin d'obtenir un système législatif enraciné en présomption d'arbitrabilité<sup>850</sup>. En ce sens, alors, le caractère flou du critère de la libre disponibilité, comme décrit par M. Arrue Montenegro, semble en effet mieux répondre aux besoins de l'adaptation à la réalité socio-économique que des critères rigides (par exemple la transigibilité), mais un souci de sécurité juridique des solutions casuistiques subsiste<sup>851</sup>.

---

<sup>850</sup> Cf. la jurisprudence française, notamment les arrêts précités de la Cour d'appel de Paris dans les affaires *Ganz*, 29 mars 1991 ; *Labinal*, 19 mai 1993 ; *Thalès*, 18 novembre 2004 en tant qu'exemple de l'affirmation de l'autonomie du critère de l'arbitrabilité par rapport au domaine de l'ordre public.

<sup>851</sup> Cf., *infra*.

218. Dans l'approche législative « D », où l'arbitrabilité n'est pas définie et l'inarbitrabilité devrait être définie d'une manière restreinte pour en déduire la présomption en question, la situation semble renversée par rapport à l'approche législative « A ». L'arbitrabilité n'étant pas expressément définie par les textes de lois, sa présomption se cache néanmoins sous des formules générales (les critères normatifs explicites étant absents), ce qui implique la nécessité d'une définition législative claire des litiges inarbitrables. C'est pour cela que *la favor arbitrandum* obtient dans ce cas un cadre plus législatif que jurisprudentiel. À titre exemplaire, il nous paraît opportun d'évoquer, dans ce contexte, les lois russes sur l'arbitrage interne et international, modifiées en 2015, adoptant une approche positive quant à la définition de l'arbitrabilité, en désignant comme arbitrables chaque matière de nature contractuelle, et plus généralement relevant du droit civil, sous réserve des lois qui l'excluent expressément<sup>852</sup>.

---

<sup>852</sup> Le régime général actuel de l'arbitrabilité, s'agissant de l'arbitrage interne, se calque sur les dispositions similaires d'un acte précédent, la loi de la Fédération de Russie N°102-FZ sur les Tribunaux fédéraux de l'arbitrage du 24 juillet 2002, ainsi que sur les dispositions concernant l'arbitrage international (articles 1 al. 3 et al. 6 de la loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international N° 5338-1 du 7 juillet 1993, modifiée le 3 décembre 2008 et le 29 décembre 2015). Les critères généraux de l'arbitrabilité relèvent, après la réforme de 2015, des actes suivants : la loi de l'arbitrage (procédure arbitrale) de la Fédération de Russie, l'amendement à loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international, l'amendement au Code de la procédure de l'*Arbitrazh*, l'amendement au Code de la procédure civile. Toutes ces lois sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2016, à l'exception des dispositions portant sur des litiges sociétaires qui entrent en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2017.

## CONCLUSION DU TITRE II

219. La vision moderne de l'arbitrage, basée sur le concept d'autonomie de l'ordre arbitral, dégage un certain paradoxe, illustré par le phénomène de *favor arbitrandum*. D'une part, on observe la géométrie variable de la notion de l'arbitrabilité, le chevauchement de ses critères, l'internationalisation, et même la liquidité de son concept. D'autre part, cependant, il existe un besoin d'établir des normes claires et fonctionnelles, favorisant le commerce et garantissant, en même temps, la sécurité juridique de celui-ci.
220. Au regard du caractère uniquement apparent des convergences des critères de l'arbitrabilité, la *favor arbitrandum* est difficilement percevable dans le cadre de l'uniformisation du concept de l'arbitrabilité. Un tel concept serait peut-être envisageable dans les régimes monistes de l'arbitrage, comme proposé par le codificateur de la réforme de la loi type de la CNUDCI. Cependant, comme le remarquent certains auteurs, cette solution semble insuffisante. Tandis qu'une règle large d'arbitrabilité, avec une portée générale, pourrait être universellement reconnue par de nombreuses législations, une liste des exceptions ne constitue une solution ni concrète ni pertinente<sup>853</sup>.
221. Tout d'abord, on peut douter qu'une telle solution puisse aboutir à la construction d'un catalogue restreint. Même si des législations diverses pouvaient se mettre d'accord sur une liste commune d'exceptions, on peut se demander quelle formule serait considérée comme assez étroite. Une référence aux dispositions spéciales semble inévitable. Il en est de même pour la clarification de la portée des exclusions des litiges inarbitrables<sup>854</sup>.
222. Ensuite, on peut se demander si les législateurs ont vraiment besoin de créer un double standard de l'arbitrabilité, contenant à la fois un concept positif et un concept négatif,

---

<sup>853</sup> Cf. M. P. Perales Viscasillas, *op. cit.*; v. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre II, Section I.

<sup>854</sup> À notre avis, une alternative concevable serait de proposer une définition exclusivement positive de l'arbitrabilité, liant une formule générale substantielle et des clauses modèles applicables au moins à certains domaines sensibles du droit. Pour une proposition récente dans le domaine de l'arbitrage des litiges sociétaires, cf. M. P. Perales Viscasillas, *op. cit.*; v. *infra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Sections I et II.

ce qui implique une coexistence de visions potentiellement concurrentielles de l'arbitrabilité. Est-il désirable, du point de vue des partisans du phénomène de la *faveur de l'arbitrabilité*, d'obscurcir la règle d'arbitrabilité, sachant que des régimes dualistes de l'arbitrage forment déjà des systèmes normatifs assez complexes ? La même question se pose s'agissant des critères composites de l'arbitrabilité.

223. Les standards transnationaux étant plus détachés du particularisme des droits nationaux, l'analyse des modèles législatifs démontre l'existence de présomption d'arbitrabilité qui peut être déduite tant des démarches législatives que de la jurisprudence. En raison du fait que l'approche transnationale se rallie au concept de l'ordre arbitral grâce à l'interprétation en fonction de méthode de règle transnationale<sup>855</sup>, elle nous semble plus pertinente à l'évaluation de l'arbitrabilité dans l'arbitrage international.
224. Or, du point de vue du législateur, une règle fonctionnelle et transnationale de l'arbitrabilité, serait à notre avis plus visible dans les systèmes monistes « intermédiaires » en tant que modèles « internationalisés », et dans les systèmes dualistes de l'arbitrage où le rôle de la jurisprudence est significatif, comme c'est le cas du droit français. Cette conclusion pose la question des avantages et des conséquences envisageables quant à l'application d'un système dualiste aux législations en train de développer l'arbitrage international, notamment en Pologne. Alors que l'introduction « forcée » de tels modèles peut s'avérer contreproductive et précoce, comme dans le cas du droit espagnol et italien, une fois un tel régime instauré, il devrait permettre une inspiration mutuelle de deux composantes – interne et internationale – de l'arbitrage, afin de ne pas créer des normes concurrentielles<sup>856</sup>.

---

<sup>855</sup> Comme présenté par E. Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration*, Nijhoff, Leiden 2010, pp. 48-50. V., en ce sens, M. Lehmann, « A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice », *op.cit.*, p. 770 et s.: « [I]nstead of picking one of those laws, the arbitrator can and should explore the content of more than one law (...) ».

<sup>856</sup> V., pour une position critique envers le régime dualiste de l'arbitrage en Suisse, I. Ambauen, *op. cit.*, pp. 23-25. L'auteur se réfère aux différents systèmes de normes d'ordre public.

## CONCLUSION DE LA PARTIE I

225. L'étude de l'arbitrabilité au sens strict démontre son caractère « à géométrie variable », illustré par le panorama de ses critères. Malgré des ressemblances entre ces derniers, la notion d'arbitrabilité n'est pas homogène. Elle subsiste dans les divers contextes normatifs et crée des cadres distincts pour l'institution de la justice privée. Malgré l'aspect théorique d'une telle analyse, la démonstration ne mène pas à un résultat statique mais dévoile un domaine particulièrement riche et dense pour la recherche.
226. En premier lieu, l'analyse des critères d'arbitrabilité dévoile la multiplicité des approches possibles, non seulement dans les deux systèmes de droit – continental et de Common Law, mais également au sein de la famille romano-germanique.
227. En deuxième lieu, on aperçoit que les mêmes phénomènes juridiques peuvent être interprétés de manière extrêmement différente, à l'instar du concept d'ordre public. À cet égard, les différences entre les ordres juridiques analysés paraissent fondamentales quant à l'accueil des modes alternatifs de résolution des litiges.
228. En troisième lieu, la conceptualisation des modèles législatifs, tenant compte, à la fois du sens et de la portée différents des critères de l'arbitrabilité, ainsi que du type de réglementation de l'arbitrage, offre l'opportunité unique d'élaborer des bases théoriques pour l'étude subséquente de l'arbitrage international.

\*

\*

\*

## PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT D'ARBITRABILITÉ

---

1. L'arbitrage a ses limites. Traditionnellement, elles découlent de sa nature contractuelle et influencent directement le domaine des litiges arbitrables. N'étant pas insurmontables, elles n'excluent pas entièrement l'accès à l'arbitrage, l'arbitrabilité restant admise d'une manière « conditionnelle ». Absorbés par le souci de protéger les droits des tiers à la procédure arbitrale et la portée des sentences arbitrales, les domaines du droit des sociétés et de la propriété intellectuelle constituent une illustration de ce phénomène (**Titre I**).
  
2. Cela étant dit, la mise en œuvre du concept d'arbitrabilité va au-delà du caractère contractuel de l'arbitrage. D'une part, la mise en balance d'intérêts différents constitue une épreuve de l'arbitrabilité « adaptée » à la spécificité des domaines complexes du droit, constamment soumis aux réformes, comme ceux de la consommation et des procédures collectives. D'autre part, l'étendue de l'arbitrabilité, réceptive aux changements du droit et de la société, évolue vers les domaines arbitrables de manière seulement « potentielle » (**Titre II**).

# TITRE I

## LES LIMITES TRADITIONNELLES DE L'ARBITRABILITÉ

3. Les relations commerciales constituent le domaine privilégié de la liberté contractuelle. L'arbitrage pourrait y trouver une place éminente. Toutefois le maintien de l'équilibre entre la nécessité de protection de l'intérêt général économique et le caractère contractuel de l'arbitrage détermine le domaine arbitral.
4. Les litiges internes à la vie des sociétés, relatifs aux décisions prises par ses organes, constituent un objet fructueux d'étude tant sur la question des limites législatives affectant l'arbitrabilité d'une manière directe, que sur celle des limites inhérentes à la nature contractuelle de l'arbitrage (**Chapitre I**). Ces limites inhérentes se retrouvent dans le domaine du droit de la propriété intellectuelle, notamment en cas de litige portant sur la validité des brevets. Dans ce dernier domaine, elles s'ajoutent à d'autres limites, qui découlent de la compétence exclusive de l'Etat. La conjonction de ces limites influence non seulement l'arbitrabilité mais encore la perception de l'arbitrage dans son ensemble (**Chapitre II**). La diversité des méthodes de suppression des obstacles à l'arbitrage, conçues et mises en œuvre pour les litiges sociétaires dans le contentieux de la validité des brevets, constitue une source d'analyse des limites de l'arbitrabilité en droit comparé et révèle les convergences possibles et les divergences insurmontables entre les ordres juridiques.
5. La recherche de remèdes aux difficultés suscitées par la soumission à l'arbitre des litiges du droit des sociétés et de la propriété intellectuelle dévoile également un souci de sécurité juridique et de garanties processuelles qui, comme c'est le cas de la justice traditionnelle, constitue un enjeu prépondérant des modes alternatifs de résolution des litiges.



## CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS – L'EXEMPLE DES LITIGES PORTANT SUR LA NULLITÉ DES DÉCISIONS SOCIALES

6. De nos jours, l'arbitrage en droit privé concerne principalement le contentieux commercial. Pour les pays postsocialistes, plus que pour les pays occidentaux, le caractère commercial de l'arbitrage constitue une émanation de l'internationalité, de la modernité économique et des transactions sur un marché libre. Dans une telle perspective, l'arbitrage devient naturellement un mode commun de résolution des conflits dans le commerce interne ainsi que dans le commerce international.
7. Dans une proportion importante, la réalisation et le développement des activités économiques s'effectuent les sociétés commerciales. En présence des limites imposées à l'activité des personnes physiques, les sociétés facilitent l'organisation des moyens et la mise en place des structures efficaces, grâce auxquelles les individus jouissent de l'autonomie de volonté et de la liberté contractuelle dans le domaine du commerce.
8. Le rapport entre l'arbitrage et les sociétés constitue donc l'un des exemples classiques de l'autonomie de l'individu dans le monde moderne, internationalisé et commercialisé. Il semblerait ainsi que le domaine du droit des sociétés, au moins dans la mesure où il comprend les sociétés commerciales, ne contient pas d'éléments soulevant de doutes quant à l'arbitrage, tant pour les ordres juridiques avec la longue tradition de l'arbitrage que pour ceux dont l'ambition est le développement législatif *in favorem arbitrandum*. Paradoxalement néanmoins, le point de rencontre du droit des sociétés et de l'arbitrage trace un domaine riche en problèmes spécifiques qui affectent l'arbitrabilité objective, tant en droit comparé, qu'en droit polonais. L'absence de réussite de l'arbitrage dans le domaine des litiges concernant les sociétés semble découler en premier lieu de raisons pratiques. De tels litiges nécessitent en effet une réponse urgente et un remède suffisamment efficace et accepté. En absence de celui-ci, le nombre de sociétés incluant une clause compromissoire dans leurs statuts n'est

pas pourtant excessivement élevé<sup>857</sup>. Il existe enfin des précédents, menant à la méfiance vis-à-vis de l'impartialité des tribunaux arbitraux<sup>858</sup>.

9. À l'instar de la polémique qui a défrayé en Allemagne – et qui reste d'actualité dans la mesure où le succès des solutions récemment adoptées doit encore faire ses preuves, la doctrine polonaise a connu jusqu'aujourd'hui un débat important autour de la question de l'arbitrabilité objective des litiges endogènes à la société, principalement au sujet de la recevabilité des litiges portant sur la validité des délibérations adoptées par l'assemblée générale des sociétés de capitaux devant un tribunal arbitral<sup>859</sup>. Largement controversée dans la doctrine, la question de la compétence de l'arbitre en la matière s'inscrit en Pologne dans le prolongement de la polémique qui entoure le régime d'arbitrabilité antérieur à la réforme de 2019, défini par la notion de transigibilité<sup>860</sup>. En raison de la forte influence de la culture et du raisonnement juridique allemands sur le droit privé polonais en vigueur<sup>861</sup>, la doctrine polonaise s'inspire dans ce débat jusqu'ici principalement de l'acquis doctrinal et jurisprudentiel allemand<sup>862</sup>. A notre avis, celui-ci mérite d'être enrichi avec les solutions élaborées dans d'autres ordres juridiques<sup>863</sup>.

---

<sup>857</sup> O. Caprasse, « Les décisions sociales », *Rev. arb.*, 2013 (3), p. 673.

<sup>858</sup> V. l'affaire *Tapie*, préc.

<sup>859</sup> Dans une moindre mesure, la doctrine polonaise s'est penchée sur la question de l'arbitrabilité des litiges portant sur l'exclusion d'un associé et sur la dissolution d'une société.

<sup>860</sup> Cf. Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>861</sup> Il s'agit notamment de l'influence du droit allemand sur le droit civil et commercial polonais. Cette influence n'était pourtant pas homogène. Avant l'unification du droit civil en 1946 et sa codification en 1964 (influencée également à cette époque par les principes de l'économie socialiste), entre 1772 et l'indépendance de la Pologne en 1918, on appliquait en Pologne directement les lois allemandes, russes et autrichiennes, en fonction des zones d'influences politiques des envahisseurs. A l'époque des conquêtes napoléoniennes, le droit civil polonais a également partiellement subi l'influence du Code napoléonien.

<sup>862</sup> Comme exemple de cet ascendant il est possible de citer le récent colloque germano-polonais organisé le 19 mai 2015 à Varsovie sous le titre de « *Gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit - polnische und deutsche Perspektiven* » par l'Université de Varsovie, la Cour d'Arbitrage de la Chambre Commerciale Polonaise (SAKIG) et la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (DIS) portant sur le règlement arbitral des conflits commerciaux dans une perspective polonaise et allemande. Cf. également la publication la plus récente : W. Jurcewicz, K. Pörnbacher, C. Wiśniewski (éd.), *Spory korporacyjne w praktyce arbitrażowej - perspektywa polska i niemiecka*, CH. Beck, Warszawa 2017.

<sup>863</sup> D'ailleurs, le problème attire l'attention constante en Europe centrale, cf. le programme de la conférence « *Arbitrability of Company Law Disputes in Central and Eastern Europe* », organisée à l'Université Sapientia de Cluj-Napoca, le 20 octobre 2017, disponible en ligne : <https://www.societas->

10. Le présent chapitre se propose de trouver des liens entre les différents ordres juridiques dans la discussion sur l'arbitrabilité des litiges concernant la validité des résolutions d'assemblée générale<sup>864</sup>. L'intransigibilité, étant le noyau dur de l'inarbitrabilité des litiges susmentionnés en droit polonais, bien que rejetée par le droit allemand, italien et belge, sans avoir jamais été adoptée en France, peut servir comme exemple. Sa référence directe (visée dans la loi) ou indirecte (inférée par les auteurs) aux droits librement disponibles<sup>865</sup> constitue, au moins d'après la doctrine polonaise, un des obstacles majeurs à la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges internes à la société et peut servir de socle de comparaison entre le droit polonais et le droit français.
11. Prenant appui sur les discussions doctrinales sur le critère d'arbitrabilité objective polonais, avant sa modification en 2019, l'analyse des rapports entre l'arbitrage et certains conflits internes à la société constitue un cas d'étude concret et pratique qui révèle les faiblesses du critère de transigibilité. Notre but sera donc de remettre en cause l'efficacité économique et juridique de ce critère, confronté aux tendances favorables à l'arbitrabilité des litiges sociétaires dans les ordres juridiques de famille romano-germanique (**Section I**).
12. Il faudra cependant relativiser le problème de la faculté du critère d'arbitrabilité objective à prendre en compte ou non ce type de litiges en raison des enjeux pratiques soulevés par la rencontre entre l'arbitrage et les conflits internes à la société. En effet, indépendamment du résultat au test d'arbitrabilité objective, le règlement arbitral des litiges portant sur la validité des délibérations d'assemblée générale pose des problèmes particuliers en raison de la nature de ces décisions dont les effets rayonnent bien au-delà des parties à la procédure arbitrale. Même si les difficultés engendrées par la

---

cee.org/?p=100; C. I. Nagy, « Arbitrability of Company law Disputes : A Comparative Patchworking » In E. Veress (éd.), *Arbitrability of Company Law Disputes in Central and Eastern Europe*, Forum Iuris, Cluj-Napoca 2018, pp. 4-18.

<sup>864</sup> Même s'il y a des auteurs qui considèrent la question visée comme marginale dans les ordres juridiques autres qu'allemand et suisse (ou, plus largement, au sein de ceux influencés par la pensée juridique germanique – l'Autriche et l'Italie), cf. A. Monti, « Arbitration and Corporate Law », In A. Monti, F. Trezzini, F. Wicki, (éd.), *Three essays on International commercial arbitration*, Lugano 2003, p. 54.

<sup>865</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I.

notion du critère d'arbitrabilité légale sont surmontées – comme ce fut le cas en droit français et en droit belge – dans la pratique, le caractère multipartite des litiges sociétaires semble difficilement conciliable avec la nature conventionnelle de l'arbitrage. C'est particulièrement ici l'enjeu des modalités de protection des tiers qui se pose (**Section II**).

## **SECTION I. LES LIMITES RELATIVES AU CRITÈRE D'ARBITRABILITÉ**

13. La nature de la matière litigieuse dans le domaine interne à la vie sociale paraît particulièrement sensible au critère de l'arbitrabilité. Le choix de celui-ci peut entièrement modifier la recevabilité des litiges sociétaires en arbitrage (**Paragraphe 1**)  
La facilité de la mise en œuvre des critères des litiges portant sur la nullité des décisions sociales fait preuve de leur utilité pour l'arbitrage commercial (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. La nature du litige sociétaire***

14. Les droits français, polonais, allemand et belge dans leurs versions précédentes s'accordaient pour affirmer que les litiges relatifs aux décisions sociales mettent en cause des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, et sur lesquels il n'est pas possible de transiger. Pourtant, alors que le droit polonais considérait pendant longtemps que ces litiges ne peuvent pas être soumis à un arbitre puisque le critère légal d'arbitrabilité fait défaut, comme c'était le cas notamment de l'ancien droit allemand (**A**), les droits français et belge, centrés sur le caractère impératif des normes en question, considèrent aujourd'hui que l'indisponibilité des droits en cause ne constitue pas automatiquement un obstacle à l'arbitrabilité des litiges en raison d'une interprétation libérale *in favorem arbitrandum* (**B**).

## A. En droit polonais

15. Il semble que l'inarbitrabilité des litiges en question découle de l'indisponibilité de l'objet litigieux. Pourtant, seul l'ancien droit polonais l'admet d'une manière directe (1). Entre 2005 et 2019, c'est le caractère intransigible des litiges qui s'opposait à la soumission de ceux-ci à l'arbitrage. Néanmoins la référence inévitable à la libre disponibilité faisait preuve de la nature non-autonome du critère de transigibilité (2).

### 1. L'évolution de la notion du litige à la lumière du critère d'arbitrabilité

16. La littérature de l'entre-deux-guerres répondait par la négative à la question de la capacité des parties à disposer de leurs droits dans le cadre d'un litige portant sur une décision sociale. L'indisponibilité de ces droits était en effet justifiée par leur appartenance à l'ordre public sociétaire, échappant à la discrétion des associés ou des membres des organes de la société<sup>866</sup>. Par conséquent, le critère ancien de l'arbitrabilité - la « capacité personnelle à s'obliger » - n'était pas rempli<sup>867</sup>.
17. Le fait que l'art. 697 § 1 de l'ancien pCPC dans sa version de 1964 ait ajouté l'exigence du caractère patrimonial du litige au critère de « l'obligation volontaire » a paradoxalement augmenté l'hostilité à l'encontre de l'arbitrabilité des litiges endogènes à la vie sociale. En effet la nature potentiellement extrapatrimoniale de certains litiges sociétaires, étant liée à leur caractère présumé personnel, bloquait leur soumission à l'arbitrage<sup>868</sup>. Cette doctrine a été renversée au profit de la logique

---

<sup>866</sup> A. Jackowski, « Sprawy o unieważnienie uchwał zgromadzeń w spółkach kapitałowych a sąd polubowny », *Polski Proces Cywilny*, 1937 (11-12), p. 359.

<sup>867</sup> Il existe une confusion entre les notions d'arbitrabilité subjective et objective dans la doctrine polonaise d'avant-guerre, cf. Partie I, Titre I, Chapitre I, Sections I et II. Le régime de l'arbitrabilité objective antérieur à la réforme de 2005 était défini par la « *capacité personnelle à s'obliger* » qui constituait le critère d'arbitrabilité issu du Code de procédure civil polonais de 1930/1932. Il semble que le critère de la « *capacité personnelle à s'obliger* » mène à une confusion inutile entre l'arbitrabilité objective et subjective. Le critère a été assimilé erronément par certains auteurs à la capacité juridique, cf. T. Ereciński, *Postępowanie rozpoznawcze*, In T. Ereciński (éd.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, vol. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2005, pp. 380-384.

<sup>868</sup> A. W. Wiśniewski, « Rozstrzyganie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sady polubowne – struktura problemu (Część I) », *Prawo Spółek*, 2005 (4), p. 12. Parmi les ouvrages polonais qui remettaient en question le caractère patrimonial des litiges sociétaires – notamment ceux qui sont

économique des litiges sociétaires, notamment ceux qui concernent la dissolution de la société, cette dernière ne disposant pas d'un droit à l'existence qui serait opposable aux droits des actionnaires voulant protéger leur investissement.

18. Malgré le climat doctrinal potentiellement favorable, après la transformation politique des années 90 et le rétablissement de l'activité économique des individus, le droit de contester la validité d'une décision sociale est toujours considéré comme inarbitrable. Cet obstacle ne résulte plus des doutes quant à la nature patrimoniale des litiges mais, à nouveau, de leur caractère disponible. En effet, selon le Code des sociétés commerciales<sup>869</sup>, un simple contrat (comme la transaction) ne peut remédier aux irrégularités d'un acte juridique (la résolution litigieuse) qui contrevient à une norme impérative. Le Code des sociétés commerciales ne prévoit à cet égard que deux voies pour révoquer une résolution qui a été adoptée – la contestation de sa validité devant un tribunal judiciaire ou l'adoption d'une nouvelle décision par les associés. Le caractère inarbitrable des litiges en question résulte par conséquent de l'indisponibilité de l'effet recherché par l'action intentée<sup>870</sup>. C'est sur cette hypothèse qu'est construit le critère de transigibilité en tant qu'entrave à l'arbitrabilité des litiges étudiés.

## ***2. Le caractère intransigible du litige***

19. Tout d'abord, le droit polonais connaît deux définitions différentes de la transaction en droit matériel et en droit procédural<sup>871</sup>. Ni le critère de la transigibilité du droit matériel ni celui du droit processuel ne sont remplis selon la doctrine polonaise majoritaire en présence de litiges portant sur la validité des délibérations adoptées par l'assemblée générale. A titre d'exemple, si au sein d'une société à responsabilité limitée avec deux

---

endogènes à la vie de société, M. Wiśniewski indique surtout: J. Jacyszyn, S. Krześ, E. Marszałkowska-Krześ, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*, Liberata, Warszawa 2001, pp. 514 – 515.

<sup>869</sup> Code des sociétés commerciales, loi du 15 septembre 2000, *Dz. U* de 2013, pos. 1030.

<sup>870</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis, Warszawa 2008, p. 122. Les auteurs concluent à la nécessité d'une sentence rendue par un juge judiciaire.

<sup>871</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section I, § 2 A. Selon l'art. 10 du pLCPC, la transaction se réfère « aux litiges sur lesquels il est possible de transiger ». Selon l'art. 917 du pLCPC les matières sur lesquelles il est possible de transiger sont celles sur lesquelles les parties peuvent faire des concessions réciproques.

associés l'un d'eux forme une action en justice contre la société dans le but de déterminer ses droits aux bénéfices en fonction des statuts, tandis que le second associé se joint à l'instance en qualité d'intervenant accessoire du côté de la société, alors les parties au procès auront à la lumière du droit polonais la capacité de transiger en raison de la participation de tous les intéressés à la procédure (articles 76, 73 § 2 et 81 du pICPC). Inversement, si au sein de cette même société un conflit naît entre les deux associés sur la validité d'une résolution d'assemblée générale, une sentence arbitrale tranchant ce litige serait atteinte de nullité car elle ne respecterait pas les dispositions du Code des sociétés commerciales selon lesquelles la procédure arbitrale doit concerner toute la société<sup>872</sup>.

20. Ensuite, la configuration subjective spécifique des conflits internes à la société remet en cause le caractère transigible de ces litiges<sup>873</sup>. En effet, la transigibilité en droit polonais implique que les parties au contrat puissent réaliser des concessions réciproques; or, lorsque la société est la partie défenderesse dans une procédure portant sur l'annulation d'une décision sociale, il ne semble pas approprié d'exiger d'elle qu'elle puisse faire des concessions à la partie demanderesse. C'est particulièrement le cas dans la situation où la décision attaquée par un organe de la société ou par un de ses membres porte sur la relation entre la société et les associés.
21. Les inconvénients résultant de la référence à la libre disponibilité des droits apparaissent également dans les litiges portant sur l'exclusion d'un associé de la société<sup>874</sup>. Bien que la volonté d'un associé de quitter une société constitue une condition essentielle pour la renonciation à ses titres ou à leur amortissement, la perte du statut d'associé peut uniquement résulter d'une sentence étatique contre un associé défendeur, ce dernier étant privé de la libre disponibilité à cet égard. La privation des droits et privilèges sociétaires dépend d'une décision constitutive du juge. Les parties

---

<sup>872</sup> L'exemple présenté par. A. Wiśniewski, In *Arbitraż handlowy, System prawa handlowego, op. cit.*, p. 811.

<sup>873</sup> R. Kos, « Zdatność arbitrażowa sporów o ważność uchwał spółek kapitałowych », *PPH* 2014 (3), p. 29. Cf. également G. Suliński, « Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sporze o rozwiązanie spółki z o.o. », *ADR* 2008 (3), p. 113.

<sup>874</sup> G. Suliński, *Rozstrzyganie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 108. Ce type de litige a été rarement étudié par la doctrine polonaise.

au litige, bien qu'elles puissent déterminer un délai de paiement du prix d'acquisition, ne peuvent pas non plus réaliser de concessions réciproques dans le cadre de leur relation juridique (l'art. 267 § 1 du Code des sociétés commerciales).

22. Les arguments qui viennent d'être rappelés ont été consacrés en dehors de Pologne. La doctrine allemande antérieure aux changements relatifs au régime de l'arbitrabilité objective en vigueur jusqu'en 1998 était plus étoffée sur les modalités d'application des conditions de la transaction à la notion d'arbitrabilité mais ses conclusions se résumaient, au final, à des critiques similaires. La doctrine allemande mettait en exergue l'impossibilité, pour les parties à une procédure en annulation d'une résolution d'assemblée générale, de se faire des concessions réciproques en raison de la configuration particulière des litiges en cause<sup>875</sup>. La compétence exclusive des tribunaux étatiques du siège de la société est par ailleurs expressément prévue par la loi<sup>876</sup> pour trancher ces différends<sup>877</sup>. Ce dernier argument a pour objet, selon la jurisprudence allemande mentionnée ci-dessus, de garantir la concentration des procédures sous la même autorité dans le cadre d'une instance portant sur l'annulation d'une décision adoptée par l'assemblée générale qui peut potentiellement être intentée par plusieurs associés séparément.
23. Or, bien que les dispositions légales en droit polonais visent directement l'arbitrage des conflits en matière sociétaire à l'art. 1163 du pLPCP, celles-ci ont longtemps eu pour seul objet de définir le cercle des personnes liées par une clause arbitrale contenue dans les statuts. L'analyse présentée ci-dessus devrait, pourtant, être mise à jour à la lumière de la réforme du droit de l'arbitrage de 2019 qui réduit, d'une manière significative, la portée de transigibilité en tant que critère d'arbitrabilité. Alors qu'avant cette réforme, aucune disposition ne permettait de résoudre les difficultés liées aux litiges portant sur l'annulation des décisions d'assemblée générale des sociétés de

---

<sup>875</sup> Arrêt du Tribunal régional supérieur OLG Hamm, 8 décembre 1986, 8U 73/86, *NJW-RR* 1987, pp. 1319 et s.

<sup>876</sup> Réglementation applicable aux sociétés anonymes (et aux sociétés à responsabilité limitée *per analogiam*), cf. § 246 de l'AktG.

<sup>877</sup> BGH, 4 juillet 1951, IIZR 117/50, *MDR* 1951, p. 674 ; BGH, 11 juillet 1966, IIZR 134/65, *NJW* 1966, p. 2055.



capitaux, la réglementation actuelle de l'art. 1163 du plCPC paraît résoudre une grande partie de ce problème<sup>878</sup>.

## **B. En droit français et belge**

24. En droit français et belge, le critère de l'arbitrabilité n'est pas un obstacle à la soumission à l'arbitrage des litiges sociétaires. Le fait que le droit français ait remédié à l'inadmissibilité de la clause compromissoire (1) et le déclin de l'ordre public en droit en France et en Belgique (2) semblent favoriser le caractère arbitral du domaine étudié<sup>879</sup>.

### ***1. La licéité de la clause compromissoire***

25. De manière générale, le problème de l'admissibilité des litiges internes à la vie sociale n'a jamais dû faire face à des obstacles aussi complexes que dans les droits germaniques, du moins au premier abord<sup>880</sup>. Il n'est pas sans importance que le domaine des litiges sociétaires ait été pendant longtemps soumis au régime de l'arbitrage forcé tant en droit français que belge. Le même principe s'appliquait aux litiges inhérents à la vie interne de la société jusqu'en 1856 en France et 1873 en Belgique. Le rejet de l'arbitrage forcé, loin de constituer une prohibition de l'arbitrage en cette matière, a pour seul objectif de renoncer à l'automatisme procédural et implique, en revanche, la nécessité de la soumission des litiges sociétaires par voie d'une convention d'arbitrage valide, si telle est la volonté des parties<sup>881</sup>.

---

<sup>878</sup> V. *infra* le paragraphe suivant.

<sup>879</sup> Nous remercions Mme Morgan Briand pour son apport concernant les analyses présentées ci-dessous.

<sup>880</sup> Alors que, à titre d'exemple, en droit allemand la compétence exclusive des tribunaux étatiques du siège de la société constituait un obstacle à l'arbitrabilité des litiges sociétaires, en France, cet argument n'a eu qu'un très faible écho dans la doctrine qui est majoritairement d'accord pour considérer que de telles dispositions organisent la compétence juridictionnelle en cas de choix d'une juridiction étatique sans toutefois priver les parties du recours à une juridiction privée, v. BGH, 4 juillet 1951, IIZR 117/50, *MDR* 1951, p. 674; BGH, 11 juillet 1966, II ZR 134/65, *NJW* 1966, p. 2055. O. Caprasse, « Les décisions sociales », *Rev. arb.*, 2013 (3), pp. 673-704.

<sup>881</sup> D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, Paris 1993, p. 25 ; O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, n° 14, p. 677.

26. Au-delà du problème éventuel du critère d'arbitrabilité au sein des droits romanistes, un autre problème se superpose donc au premier, du moins en France. En droit français il s'agit de l'hostilité traditionnelle à la licéité de la clause compromissoire, cette dernière étant admise à titre exceptionnel<sup>882</sup>. En analysant la dimension générale du problème, nous avons déjà mis l'accent sur le fait que le droit français avait pour la première fois rompu avec le principe de prohibition de la clause compromissoire en matière commerciale, l'exception étant introduite en 1925 dans le Code de commerce. L'art. 631 du Code susmentionné dans sa version d'avant 2000 permet aux parties d'introduire une clause dans les contrats portant sur les matières relevant de la compétence des tribunaux de commerce<sup>883</sup>. Hors des contestations portant sur les obligations entre négociants, banquiers, marchands et celles concernant les actes de commerce de portée générale, le Code de commerce a autorisé la clause compromissoire dans les litiges entre associés pour raison d'une société de commerce. Ce changement du régime de la clause compromissoire en France a été autant innovateur, que l'hypothèse du libéralisme de l'arbitrage en matière commerciale comme domaine où les individus peuvent pleinement exercer leur liberté contractuelle en faveur de l'arbitrage semble justifiée et possible à défendre. La prohibition de la clause de l'art. 2061 du frCc étant inapplicable en matière internationale, les difficultés éventuelles concernant la formulation de l'art. 631 du Code de commerce français étaient limitées à la matière interne<sup>884</sup>. Les « *contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce* » n'étant pas précisées, elles ont reçu une interprétation large suite à la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques NRE du 15 mai 2001 qui a définitivement rendu valable la clause compromissoire stipulée dans les contrats à raison d'une activité professionnelle. Dès lors, tout litige relatif à une société commerciale peut faire l'objet d'une clause après avoir passé le test des critères

---

<sup>882</sup> Cf. Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I.

<sup>883</sup> L'art. 631 du Code de commerce dans sa version d'avant 2002 prévoit : « *Les tribunaux de commerce connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce ; 3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Toutefois, les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire* ».

<sup>884</sup> D. Cohen, *op. cit.*, pp. 25 et s.

généraux de l'arbitrabilité objective<sup>885</sup>. L'admission de la clause compromissoire dans le domaine du droit des sociétés concerne d'ailleurs un domaine plus large. Également, les sociétés de personnes exerçant une profession libérale peuvent recourir à la clause compromissoire pour les litiges « *entre associés pour raison d'une société de commerce* », ainsi que les sociétés civiles à la clause compromissoire stipulée pour raison d'une activité professionnelle<sup>886</sup>.

27. Le droit belge, n'a jamais dû faire face au problème de licéité de la clause compromissoire. Depuis la réforme du Code judiciaire de 1972 qui a introduit les dispositions sur l'arbitrage, les clauses compromissoires sont autorisées, indépendamment du caractère international du litige et de la nature commerciale de l'objet<sup>887</sup>. Étonnement, bien que le droit belge antérieur à la réforme de 2013 connaisse le critère général d'arbitrabilité basé uniquement sur la transigibilité, le problème comparable à celui discuté en droit polonais et allemand n'a jamais eu lieu. C'est là une preuve de la pertinence de l'hypothèse selon laquelle la position de l'ordre juridique par rapport à l'arbitrabilité dépasse la simple problématique de ses critères législatifs<sup>888</sup>.
28. Par conséquent, le problème de l'arbitrabilité des litiges portant sur la nullité des décisions sociales n'est pratiquement pas abordé, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence belge<sup>889</sup>. A l'époque où le régime de l'arbitrage forcé était en vigueur, il n'est pas surprenant que la jurisprudence se soit prononcée favorablement à son

---

<sup>885</sup> O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, p. 676.

<sup>886</sup> L'art. 631-1 al. 2 du Code de commerce antérieur à 2000 et l'art. 721-5 du Code de commerce dans sa version actuelle. Sur l'arbitrabilité des actes qualifiés commerciaux, comme la cession du contrôle d'une société, v. la jurisprudence récente ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 octobre 2014, *Dalloz actualité*, 7 novembre 2014, note Delpech.

<sup>887</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>888</sup> Cf. *infra* Partie I, Titre II, Chapitres I et II.

<sup>889</sup> La littérature belge peut se référer à ce point uniquement au discours général sur l'arbitrabilité, cf. p. ex H. Laga, P. Nicaise, « L'arbitrage dans la vie des sociétés », In *Arbitrage en Vennootschap*, Rapports du Colloque CEPANI, 8 décembre 1999, Bruylant, Bruxelles, p. 39.

égard<sup>890</sup>. Certains auteurs lui attribuent un caractère explicitement arbitral<sup>891</sup>, alors que la doctrine se prononce *in favorem arbitrandum* quant aux litiges relatifs à la nullité d'une décision d'assemblée générale statuant sur l'exclusion d'un associé<sup>892</sup>. Cet intérêt de la doctrine et de la jurisprudence étant toutefois limité, le noyau dur du problème, dans la mesure où il touche même de loin le sujet de notre étude, doit être recherché ailleurs.

## 2. Les normes contraignantes

29. En tant que principe, l'ordre public sociétair ne devrait pas constituer un obstacle au développement de la contractualisation du droit des sociétés. Cette tendance favorise l'arbitrage en ce domaine dans la mesure où les normes impératives « sociétaires » ne sont pas suffisantes pour exclure la liberté de compromettre<sup>893</sup>. Cette liberté devrait s'appliquer non seulement aux litiges portant sur les droits des associés, mais également à ceux qui concernent le fonctionnement de la société<sup>894</sup>. Toutefois, l'ordre public en tant qu'obstacle général à l'arbitrabilité, est profondément inscrit en droit français et belge. Son interprétation sous l'angle des normes contraignantes qui pourraient agir en défaveur de l'arbitrabilité n'est pas pourtant identique. Bien que, tant le droit français que le droit belge d'avant la réforme de 2013, se réfèrent à la disposition des droits (par le critère de transaction en Belgique), le droit belge n'a jamais fait de référence directe à l'ordre public comme « test » de l'arbitrabilité d'un litige.

---

<sup>890</sup> CA Bruxelles, 1 février 1843, *Pasicrisie* 1843, II, pp. 99 et s. ; CA Bruxelles, 29 janvier 1845, *Pasicrisie* 1847, II, pp. 288 et s., v. l'ancien art. 51 du Code de commerce belge de 1807 qui prévoyait que « toute contestation entre associés, et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres ».

<sup>891</sup> G. Horsmans, Y. de Cordt, « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétair », In *Liber Amicorum P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles 2000, pp. 532 à 569.

<sup>892</sup> CA Mons, 30 juin 1997, *RDC* 1999, pp. 28 et s. note Lefèvre ; CA Bruxelles, 27 avril 1999, *RDC* 2000, pp. 619 et s. *TRV* 1999, pp. 525 et s. note van Gerven.

<sup>893</sup> En ce sens J. Billemont, *op. cit.*, n° 166, p. 117.

<sup>894</sup> Les litiges arbitrables portent sur les conventions de vote, les cessions d'actions, l'exclusion d'un associé ou sur des questions liées à un abus de majorité ou minorité.

30. Dans l'ordre juridique français et belge, les droits disponibles sont ceux dont il est possible de disposer et auxquels il est par conséquent possible de renoncer. Les droits auxquels on ne peut renoncer sont constitués par toutes les règles contraignantes ou obligatoires (les règles d'ordre public, les lois de polices, les droits impératifs)<sup>895</sup>. Par conséquent, c'est longtemps le caractère contraignant du droit en cause qui déterminait l'inarbitrabilité d'un litige à la lecture des articles susmentionnés du code civil français et du code judiciaire belge<sup>896</sup>. Si cette solution a prévalu longtemps en France et en Belgique conformément, semble-t-il, à une interprétation littérale du texte, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas manqué de dénoncer la rigueur, dans laquelle elle enfermait le régime de l'arbitrabilité, suivant lequel la simple mention de la présence d'une norme impérative avait pour effet de dessaisir l'arbitre<sup>897</sup>. Comme le droit des sociétés est largement empreint de règles à caractère obligatoire, on comprend que l'interprétation classique du régime d'arbitrabilité avait pour effet d'exclure du champ de compétence de la justice privée nombre de contestations internes à la société<sup>898</sup>.
31. La reconsidération du rapport de l'arbitrage aux règles d'ordre public a permis en France et en Belgique de dépasser dans une certaine mesure l'obstacle constitué par la présence de normes contraignantes. L'idée selon laquelle recourir à un arbitre revenait, pour les parties, à renoncer à leurs droits fut peu à peu abandonnée en même temps qu'il fut reconnu à la juridiction privée le pouvoir d'appliquer des règles d'ordre public<sup>899</sup>. Le raisonnement qui sous-tend cette ouverture à l'arbitrage est que les parties ne peuvent renoncer à leurs droits devant la juridiction privée puisque l'arbitre a

---

<sup>895</sup> O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, pp. 678 et s.

<sup>896</sup> L'art. 1676 du bCj était rédigé comme suit : « *tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage* ». Contrairement au droit français, l'ordre public n'est pas explicitement visé dans le texte de loi belge. Cette différence est indifférente dans la mesure où la référence aux droits librement disponibles à laquelle renvoie la notion de transaction exclue du champ de l'arbitrabilité toutes les règles contraignantes (les règles appartenant à l'ordre public, les lois de police ainsi que les droits dits « impératifs »), cf. O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, pp. 678 et s.

<sup>897</sup> *Ibid.*, pp. 679 et s.

<sup>898</sup> Il est intéressant de noter que l'exclusion de la matière sociétaire de l'arbitrage n'a pas toujours eu lieu dans ces deux pays puisque la juridiction privée était même imposée par le législateur en présence de conflits entre associés en rapport avec la vie sociale (l'art. 51 du Code de commerce de 1807) et ce jusqu'en 1856 en France et 1873 en Belgique. Aujourd'hui, l'arbitrage obligatoire en la matière est en vigueur en Suède.

<sup>899</sup> O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, n° 25, p. 680.

l'obligation d'appliquer ces règles dont le respect sera le cas échéant contrôlé en aval de l'instance à l'occasion des procédures en annulation ou des demandes d'exequatur<sup>900</sup>. La notion d'ordre public a dans un même temps été repensée comme une catégorie non-homogène dans laquelle il faut distinguer et traiter à part les domaines avec un potentiel volontariste où les règles contraignantes constituent seulement un cadre de l'expression libre. Ces considérations nouvelles ont amorcé une évolution continue d'ouverture de l'arbitrage en raison de l'élargissement du champ de l'arbitrabilité à des matières qui pourtant mettent en œuvre des normes à caractère obligatoire<sup>901</sup>. Les conflits internes à la société sont directement concernés et ont bénéficié de cette ouverture, du moins dans la mesure où les règles contraignantes liées à l'organisation et au fonctionnement des sociétés en cause forment un cadre dans le respect duquel la volonté individuelle des parties peut librement s'exprimer<sup>902</sup>. Aussi, les litiges relatifs à la validité des résolutions adoptées par l'assemblée générale sont ici les premiers concernés puisqu'ils constituent, selon les termes de M. Caprasse, le « *cœur de l'aspect contractuel du droit des sociétés* »<sup>903</sup>.

32. Il faut également noter que la doctrine belge contribue notamment au déclin de la notion d'ordre public en tant qu'obstacle à l'arbitrabilité, en mettant l'accent sur la différence entre celui-ci et les normes impératives. L'impérativité n'est pas nécessairement incompatible avec la possibilité de renoncer à un droit, cette option étant toutefois limitée à un certain moment. La protection des parties faibles en constitue un exemple,

---

<sup>900</sup> *Ibid.*, pp. 680 et s.

<sup>901</sup> Cette ouverture est en constante évolution et reste un objectif pour l'avenir. La rédaction de l'art. 2060 du frCc reste, pour les auteurs favorables à l'arbitrage, un obstacle potentiel au développement de l'institution. Ces auteurs lui reprochent sa référence à l'ordre public, référence qui peut constituer un frein à l'ouverture en même temps qu'elle va à contresens de l'esprit *in favorem arbitrandum* que la doctrine et la jurisprudence ont largement initié. Cette référence est désuète et à même confondre la pratique étrangère avec l'état du droit positif français en matière d'arbitrage, v. P. Level, « L'arbitrabilité », *op. cit.*, p. 213 et s.

<sup>902</sup> À titre d'exemple, l'arbitrabilité des actions en nullité d'une société a été reconnue en France par un arrêt de la Cour de cassation du 9 avril 2002, v. Cass. com., 9 avril 2002, *RTD. com*, 2003, p. 62, note E. Loquin. La majorité de la doctrine belge reconnaît également l'arbitrabilité de celles-ci en l'absence de jurisprudence sur la question. Sont de plus considérés comme arbitrables les litiges portant sur la dissolution de la société, les conventions de vote entre actionnaires, la responsabilité civile des dirigeants ou leur révocation, O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, p. 685; D. Cohen, *Arbitrage et société*, *op.cit.*, pp. 142 et s.

<sup>903</sup> O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, p. 686.

puisqu'elles ne peuvent pas conventionnellement déroger à un niveau minimum de protection après que le litige soit né et le caractère contraignant de ce droit disparaît. Par contre, lorsqu'un droit est d'ordre public, les parties ne peuvent pas renoncer à celui-ci. Quant aux normes impératives, comme cela avait été déjà discuté par rapport à la décision *Audi-NSU*<sup>904</sup>, la jurisprudence belge a admis sans grande difficulté l'inclusion de clauses compromissaires dans les contrats, même si les parties ne pouvaient pas disposer de leurs droits<sup>905</sup>. En effet, un droit qui découle d'une norme impérative ne peut constituer l'objet d'une renonciation alors que l'impérativité est en cours. La nature des droits en question peut pourtant être la même – pour les normes impératives et pour les normes d'ordre public<sup>906907</sup>.

## ***Paragraphe 2. La mise en œuvre du critère d'arbitrabilité***

33. D'un côté, la justification de l'arbitrabilité des litiges endogènes à la vie des sociétés semble particulièrement difficile à la lumière du critère de transigibilité, comme le démontre l'exemple du droit polonais (**A**). D'un autre côté, une fois identifié un critère adapté aux besoins de l'arbitrage commercial, les éléments de sa définition devraient être clairement déterminés. Même si le droit italien s'est débarrassé du critère de transigibilité en adoptant en même temps un régime normatif spécial, particulièrement favorable à l'arbitrabilité des litiges sociétaires, le manque de clarté de la notion actuelle d'arbitrabilité des litiges constitue l'obstacle à l'admission à l'arbitrage des litiges visant l'annulation des décisions sociales (**B**).

---

<sup>904</sup> *Préc.*

<sup>905</sup> En ce sens, O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op. cit.*, n° 27, pp. 681 et s.; *cf. supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

<sup>906</sup> L. Matray, P. Martens, « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. arb.*, 1978, p. 95 et s.

<sup>907</sup> Une bonne illustration de l'admission en arbitrage de normes découlant de droits impératifs se retrouve en droit italien. Nous allons étudier cet exemple dans la section suivante, en analysant la disponibilité des litiges portant sur la validité des décisions sociales concernant les comptes sociaux.

## A. L'équilibrisme des solutions *de lege lata* en droit polonais

34. L'impossibilité de transiger constituant un obstacle primordial et quasiment insurmontable, les partisans de l'approche libérale envers l'arbitrabilité des litiges sociétaires – préoccupés par les nuances procédurales du critère de l'arbitrabilité reposant sur la notion de transaction, ont essayé de surmonter cet obstacle par voie d'interprétation *de lege lata*. Une seule solution proposée par la doctrine qui pourrait libérer l'arbitrabilité des litiges sociétaires des difficultés relatives à la notion de transaction n'a néanmoins pas été bien accueillie par la jurisprudence. Le but des adversaires de la transigibilité, qui revendiquaient le caractère spécial de l'art. 1163 du pLCPC par rapport à l'art. 1157 du pLCPC, était de reconnaître l'arbitrabilité de tous les litiges sociétaires<sup>908</sup>.
35. Afin d'éviter, notamment, le problème soulevé par les divergences doctrinales concernant le critère de la transigibilité, certains auteurs ont soutenu le caractère *lex specialis* de l'art. 1163 par rapport à l'art. 1157 du pLCPC, solution qui permettait d'éviter d'appliquer aux litiges en cause le test de transigibilité, prenant en compte que, selon l'art. 1163 § 1 du pLCPC, « *la clause compromissoire insérée dans les statuts relatifs aux litiges de la société lie la société et ses associés* »<sup>909</sup>. Cette argumentation a néanmoins été rejetée par la Cour Suprême polonaise dans un arrêt du 7 mai 2009<sup>910</sup>. Trois arguments ont été soulevés. Le premier retenait l'indisponibilité des droits des parties au litige en cause et le deuxième mettait en lumière la déroutante dualité des solutions qui aurait résulté de la reconnaissance du caractère de *lex specialis* de l'art. 1163 du pLCPC. En effet, en présence de litiges identiques, il aurait fallu appliquer ou bien l'art. 1163 ou bien l'art. 1157 du pLCPC, en fonction de la présence ou non d'une

---

<sup>908</sup> Dans sa première version, dans le cadre des différentes propositions de réforme du droit de l'arbitrage en 2005, l'art. 1157 du pLCPC était accompagné d'un paragraphe qui prévoyait explicitement l'inarbitrabilité des litiges portant sur la nullité des résolutions adoptées en assemblée générale (ancien art. 1157 § 2). Néanmoins, la version définitive et en vigueur entre 2005 et 2019 ne comporte pas une telle restriction, ce qui a permis à une partie de la doctrine de reconnaître l'arbitrabilité des litiges en cause, en se référant au raisonnement *de lege lata*.

<sup>909</sup> En ce sens surtout A. Szumański, « Dopuszczalność kognicji sadu polubownego w sprawie o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych », In *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa profesora Maksymiliana Pazdana, op.cit.*, p. 535.

<sup>910</sup> SN, 7 mai 2009, III CZP 13/09, OSNC 2010, n° 1, pos. 9, PiP 2010/1, note Błaszczyk.



clause arbitrale dans les statuts. En troisième lieu, le tribunal arbitral aurait été compétent pour connaître la matière litigieuse, mais uniquement sur la demande d'un associé dirigé contre la société (l'art. 1163 du pLCPC). En revanche, dans le cas d'une demande identique soulevée par les organes de la société ou par ses membres, ce même tribunal aurait été incompétent.

36. Encore qu'une telle solution puisse se défendre selon une interprétation téléologique du texte de la loi, elle pourrait être en effet à l'origine d'une différence de traitement des parties agissant en nullité d'une décision sociale, les litiges sociétaires pouvant être soumis à l'arbitrage par les associés qui étaient liés par la clause compromissoire insérée dans le statut, conformément à l'art. 1163 du pLCPC avant la réforme de 2019, alors que les organes de la société et leurs membres étaient privés de cette possibilité<sup>911</sup>. Dans ce dernier cas, la référence au critère de l'aptitude à transiger provenant de l'ancien art. 1157 du pLCPC excluait l'arbitrabilité des litiges en question.
37. Par conséquent, les partisans de l'arbitrabilité des litiges sociétaires sont restés peu nombreux en doctrine, les obstacles à la libre disponibilité des droits litigieux constituant un vrai problème théorique qui ne pouvait être surmonté qu'au prix d'analyses complexes et approfondies touchant aux éléments processuels de droit civil, notamment par des analyses de la notion de transaction<sup>912</sup>. Premièrement, pour résoudre le problème d'interconnexion entre l'arbitrabilité et la transaction (décrite en droit polonais indépendamment par le droit civil et par le droit de la procédure civile) et défendre l'arbitrabilité des litiges sociétaires, une partie de la doctrine a proposé de la concevoir d'une manière abstraite. Il était souligné que la licéité d'une transaction concrète diffère de l'arbitrabilité générale d'un litige sociétaire<sup>913</sup>, le critère des concessions réciproques (applicable à la transaction) n'étant crucial qu'au cours de la vérification de sentence arbitrale (contrôle *ex post*)<sup>914</sup>. Cette solution a été reprise par

---

<sup>911</sup> Le problème a été soulevé même par les partisans de l'approche libérale, cf.: G. Suliński, *Rozstrzygnięcie sporów ze stosunku spółki przez sąd polubowny*, *op. cit.*, p. 103.

<sup>912</sup> Ce n'est que depuis peu qu'ont été publiées des analyses complexes de la doctrine polonaise à ce propos, v. spéc. l'exposé critique de R. Kos, *op. cit.*, pp. 28-36.

<sup>913</sup> A. W. Wiśniewski, « Zdolność i zdatność arbitrazowa », *op. cit.*, pp. 238-239.

<sup>914</sup> *Ibid.*, p. 239

la jurisprudence qui confirme la nécessité de l'analyse abstraite de l'arbitrabilité d'un type donné de litige (contrôle *ex ante*)<sup>915</sup>.

38. Deuxièmement, la libre disponibilité a pu être justifiée, selon les solutions doctrinales plus récentes, à l'aide des modalités d'analyse abstraite de l'arbitrabilité, sans faire référence aux concessions transactionnelles. Pour le vérifier, il faut se demander si les sujets des droits litigieux (les associés) peuvent disposer de tels droits. La réponse est affirmative puisque les associés peuvent librement former les relations sociales. Il faut pareillement répondre à la question de savoir si les associés peuvent atteindre le même but que le juge judiciaire (à savoir l'anéantissement d'une décision litigieuse) par des mesures contractuelles. La réponse semble également positive, puisque les associés sont habilités à voter une décision contraire (*actus contrarius*) à la décision qu'ils veulent attaquer<sup>916</sup>.
39. De plus, la doctrine novatrice a ajouté qu'une sanction sous forme d'annulation d'une décision sociétaire par la sentence du juge judiciaire, n'excluait pas la transigibilité de la matière litigieuse<sup>917</sup>. Comme l'a récemment précisé la Cour suprême, l'annulation de la décision en question ne constitue pas un acte d'une ampleur exceptionnelle, justifiant une compétence strictement étatique. Au contraire, eu égard aux objectifs libéraux de la réforme du droit de l'arbitrage de 2005, les exceptions à l'arbitrabilité des litiges patrimoniaux devraient être exprimées explicitement par les textes de loi et dument motivés<sup>918</sup>. Ainsi, la Cour suprême a établi une présomption d'arbitrabilité des litiges patrimoniaux qui était pourtant difficilement applicable aux litiges sociétaires eu égard à la complexité du critère de transigibilité.
40. Il n'est donc pas étonnant, qu'à la lumière des interprétations *de lege lata*, particulièrement complexes, leur portée pratique semblait limitée, si l'on prenait en compte l'équilibrisme du raisonnement qu'elles provoquaient. La solution ne

---

<sup>915</sup> SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *préc.*

<sup>916</sup> En ce sens R. Kos, *op. cit.*, p. 33.

<sup>917</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>918</sup> SN, 21 mai 2010, II CSK 670/2009, *préc.*

consisterait-elle pas plutôt à substituer un autre critère à celui de transigibilité ? A titre d'exemple, la patrimonialité des litiges, comme c'est le cas en droit suisse, portant sur les décisions des organes des sociétés de capitaux, coïncide mieux avec la nature des litiges sociétaires<sup>919</sup>. Même si le droit d'un associé de contester la décision de l'organe n'a pas de caractère pécuniaire en soi, il est strictement connecté à la relation légale qui se caractérise par sa nature pécuniaire<sup>920</sup>.

41. Le législateur polonais a suivi cette solution en 2019. Avec le changement du critère de l'arbitrabilité, il a également précisé la portée de l'art. 1163 du pCPC qui prévoit désormais, dans son paragraphe premier, que « *la clause compromissoire insérée dans les statuts relatifs aux litiges de la société lie la société, ses associés, ses organes et leurs membres* ». Un telle solution paraît pouvoir éliminer le risque des recours parallèles visant à annuler la décision sociale devant l'arbitre et devant le juge.

## **B. L'incohérence jurisprudentielle en droit italien**

42. Alors que le droit de l'arbitrage antérieur à la réforme de 2006 définissait les litiges arbitrables selon le critère de transigibilité, l'art. 806 actuel d'iCc les définit par le critère de disponibilité. Concernant les litiges sociétaires, le droit italien prévoit un corpus unique de dispositions spéciales, introduit par un décret législatif du 17 janvier 2003<sup>921</sup>, et qui est favorable à l'arbitrage. A l'exception des litiges pour lesquels la loi prévoit la participation du ministère public, tous les différends survenant entre les actionnaires ou entre les actionnaires et la société, concernent les droits disponibles, portant sur la relation sociale, peuvent être soumis à l'arbitrage selon l'art. 34 du décret législatif de 2003<sup>922</sup>. De plus, les art. 35 al. 5 et 36 du décret législatif mentionné ci-

---

<sup>919</sup> L. Levy, « Arbitrability of disputes in corporate matters (Swiss law) », *International Arbitration Law Review* 2002, 5 (3), pp. 77-83.

<sup>920</sup> Selon la doctrine suisse, les litiges sociétaires sont de nature économique au sens général, si la société, en tant qu'entité commerciale, est engagée dans le procès, v. Tribunal fédéral suisse, 24 février 1981, ATF, 107 II 181.

<sup>921</sup> Le décret législatif du 17 janvier 2003, n° 5 (*D. Lgs n° 5/2003, Decreto legislativo*).

<sup>922</sup> L'art. 34 al. 1 du décret législatif de 2003 prévoit que les actes de constitution des sociétés, à l'exception de ceux qui utilisent l'offre au public de titres financiers peuvent contenir une clause compromissoire stipulée entre les actionnaires ou entre les actionnaires et la société, soumettant à l'arbitrage des litiges disponibles, relatifs aux rapports au sein de la société.

dessus admettent l'arbitrabilité des litiges portant sur les décisions collectives (*delibere assembleari*). Le critère de disponibilité est par conséquent applicable tant à l'arbitrabilité en général qu'aux cas spécifiques des litiges sociétaires. Or, l'arbitrabilité des litiges en question dépend strictement de leur caractère disponible, tant actuellement en vertu de la nouvelle loi, que sous le régime ancien du droit italien de l'arbitrage, qui reposait sur le critère de transigibilité. Par conséquent, la référence faite dans les deux cas aux droits auxquels il n'est pas possible de renoncer se justifie *prima facie* par la cohérence du critère de l'arbitrabilité.

43. Pourtant, l'exemple de la jurisprudence italienne prouve le contraire notamment à l'égard de l'arbitrabilité des litiges portant sur les résolutions des organes des sociétés de capitaux concernant l'approbation des comptes sociaux. Le problème porte sur la relation des droits disponibles et des règles impératives, ces dernières régissant le contenu des comptes sociaux. Selon la position traditionnelle de la doctrine italienne, « *les matières indisponibles sont toutes celles qui sont soustraites à l'autonomie des parties par un régime exclusif et auxquelles il est impossible de renoncer* »<sup>923</sup>. Contrairement aux droits français et belge analysés ci-dessus, les droits indisponibles sont donc identifiés en effet aux règles impératives. La Cour suprême italienne continue à se baser sur cette doctrine pour juger que les litiges relatifs aux résolutions approuvant les comptes sociaux de la société ne sont pas arbitrables « *si le litige se réfère à [leur] contenu* »<sup>924</sup>.
44. En dépit de la décision rendue par le tribunal de Milan le 10 mai 2013<sup>925</sup> qui est favorable à l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des résolutions à l'égard de l'approbation des comptes sociaux, la Cour suprême italienne s'est prononcée contre

---

<sup>923</sup> R. Oliva, « Arbitration and companies financial statements », *Arbitration in Italy blog*, 2 août 2015, disponible en ligne : <http://www.arbitratoitalia.it/en/2015/08/02/arbitration-and-companies-financial-statements/>. L'auteur cite l'arrêt de la Corte suprema di cassazione, 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 septembre 2011, aff. n° 18600, *GD*, 2011, p. 43, note Micali.

<sup>924</sup> Pour une analyse plus détaillée, v. R. Oliva, « Arbitrability of corporate disputes », *Arbitration in Italy blog*, 2 octobre 2016, disponible en ligne : <http://www.arbitratoitalia.it/en/2016/10/02/arbitrability-of-corporate-disputes-2/#more-1223>.

<sup>925</sup> Tribunale ordinario di Milano, 10 mai 2013, aff. n° 6595, RG n° 48056/2011, disponible sur le site de la *Giurisprudenza delle Imprese*; la décision citée et analysée par R. Oliva, « Arbitration and companies financial statements », *op. cit.*

l'arbitrabilité des litiges en question par une décision du 10 juin 2014<sup>926</sup>. Par son arrêt du 10 septembre 2015<sup>927</sup>, la même Cour a ensuite réitéré et confirmé sa position. L'inarbitrabilité des litiges concernant la validité des décisions sociales portant sur les comptes sociaux a été donc déduite dans ces affaires du régime normatif excluant toute autonomie des parties. Ce dernier, revêtant un caractère impératif, a en effet été jugé indisponible.

45. Contrairement à la Haute juridiction italienne, le tribunal de Milan dans son arrêt susmentionné de 2013 base son raisonnement sur la différence entre le concept des droits disponibles et des règles impératives. En affirmant l'arbitrabilité des litiges remettant en cause la validité des décisions sociales approuvant les comptes sociaux, le tribunal de Milan a décidé que « *l'impérativité des normes ne doit pas être confondue avec la nature indisponible des règles découlant de ces normes, (...) [bien qu'en] droit des sociétés il existe également des normes à la fois impératives et indisponibles, comme c'est le cas notamment de la nullité des statuts de société qui prévoit l'exercice d'une activité commerciale illégitime, ceci n'est pas le cas des comptes sociaux où un actionnaire se voit demander d'accepter ou de rejeter un projet préparé par le conseil d'administration* »<sup>928</sup>. Cette logique favorable à l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des décisions des organes des sociétés de capitaux a été adoptée par le tribunal de première instance de Rome dans son jugement du 30 décembre 2015<sup>929</sup> dans une

---

<sup>926</sup> Corte suprema di cassazione, 6<sup>e</sup> ch. civ., 10 juin 2014, aff. n° 13031, RG n° 15615/2013, *Giur. comm.* 2016 (4), partie II, p. 741, note Corsi; la décision citée et analysée par R. Oliva, *ibid.*

<sup>927</sup> Corte suprema di cassazione, 6<sup>e</sup> ch. civ., 10 septembre 2015, aff. n° 17950, disponible sur le site de *Cassazione Civile; Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 2016 LXX, obs. Dalmotto, p. 90, cité par R. Oliva, « Once again, on arbitration and companies financial statements », *Arbitration in Italy blog*, 18 septembre 2015, disponible en ligne : <http://www.arbitratoitalia.it/en/2015/09/18/once-again-on-arbitration-and-companies-financial-statements/>.

<sup>928</sup> R. Oliva, « Arbitration and companies financial statements », *op. cit.*, Comme précise l'auteur, en citant l'arrêt du Tribunale ordinario di Milano du 10 mai 2013, « (...) *even if the rule is imperative, the rights arising from this rule may be negotiable. This happens with consumer protection rules, which are imperative, despite the purchase being an agreement* ».

<sup>929</sup> Tribunale ordinario di Roma, 3<sup>e</sup>me ch. civ., 30 décembre 2015, n° d'affaire 25936, RG n° 20856/2014, Repert. n° 24943/2015. En l'espèce, les actionnaires d'une société à responsabilité limitée ont contesté la résolution de l'assemblée générale de celle-ci annulant des résolutions antérieures sur la répartition des bénéfices. La défenderesse a contesté la compétence de la Cour. Selon les statuts de la société « *tous les litiges entre les associés et la société, les administrateurs, les liquidateurs ou les commissaires aux comptes, concernant les droits disponibles entre les parties et se rapportant au sein de l'entreprise, doivent être résolus par un arbitre unique, nommé par le président du conseil notarié de la région dans lequel la société a son siège. (...) La sentence a l'effet d'un jugement rendu par le tribunal et l'arbitre* ».

affaire portant sur la remise en question des décisions de l'assemblée générale. Plus récemment, un problème similaire a été illustré également par l'arrêt de la cour d'appel de Catanzaro en date du 22 septembre 2016<sup>930</sup>. Cet arrêt a en effet jugé *in favorem arbitrandum* quant aux litiges intentés contre les administrateurs de société, malgré le fait qu'une ancienne doctrine de la Cour suprême italienne ne reconnaissait pas comme arbitrables les différends concernant un « *intérêt collectif* »<sup>931</sup>. En mettant l'accent sur le fait que les requêtes contre les administrateurs d'une société peuvent constituer un objet de renonciation ou d'une transaction selon l'iCc, la cour d'appel s'est appuyée sur le caractère transigible du litige pour justifier son arbitrabilité.

46. Toutefois, il est difficile de retenir *in fine* que les tribunaux italiens suivent une logique favorable à l'arbitrage. En effet, un arrêt récent permet de montrer que leur position est plutôt fluctuante et inconstante, comme l'illustre la décision du tribunal de première instance de Milan du 28 juillet 2015<sup>932</sup>. Même si on admet qu'une grande partie de la jurisprudence identifie le caractère arbitral des litiges avec l'objet litigieux auquel il est possible de renoncer, l'incohérence de l'interprétation concerne ensuite les décisions de la Cour suprême qui semble se référer à la doctrine dépassée. On pourrait,

---

*devrait statuer ex aequo et bono dans les quatre-vingt-dix jours suivant la nomination. L'arbitre n'est pas tenu de déposer la sentence arbitrale et décide sur les frais d'arbitrage. La clause d'arbitrage ne s'applique pas aux litiges dans lesquels la loi exige l'intervention obligatoire du ministère public », (traduction libre), la décision citée et analysée par R. Oliva, « Arbitrability of corporate disputes », *Arbitration in Italy blog*, 8 janvier 2016, disponible en ligne : <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2016/01/08/arbitrability-of-corporate-disputes/>.*

<sup>930</sup> CA Catanzaro, 2<sup>e</sup> ch. civ, 22 septembre 2016, aff. n°1478, RG n° 523/201, *Repert.* n° 1768/2016, 22/09/2016. En l'espèce, le demandeur – l'un des associés d'une société à responsabilité limitée a réclamé, devant la justice étatique, un droit de poursuivre devant l'arbitre le directeur de la société, conformément à ses statuts, afin de réclamer des dommages-intérêts pour le compte de la société et révoquer le directeur. Le défendeur a contesté la compétence de l'arbitre, le droit d'agir du demandeur et le bien-fondé de la prétention. Le tribunal arbitral s'est jugé incompétent quant à la révocation du directeur de la société. En revanche, il a reconnu sa compétence pour connaître la demande en dommages-intérêts. En demandant à la cour d'appel de Catanzaro d'annuler la sentence arbitrale, le défendeur contestait la compétence du tribunal arbitral eu égard à un intérêt collectif en question. Le défendeur soutenait ensuite qu'il avait été empêché d'exposer sa position devant l'arbitre. La Cour d'appel a rejeté les deux motifs de l'annulation. L'arrêt cité par R. Oliva, « Arbitrability of corporate disputes », <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2016/10/02/arbitrability-of-corporate-disputes-2/>, *préc.*

<sup>931</sup> Corte suprema di cassazione, 1<sup>re</sup> ch. civ, 24 mai 1965, aff. n° 999, *Giustizia civile* 1965, 15 (2), p. 1575, note Giannattasio, cité par R. Oliva, *ibid.*

<sup>932</sup> Tribunale ordinario di Milano, 28 juillet 2015, aff. n° 9115, RG n° 49477/2013, disponible sur le site [arbitratoinitalia.it](http://www.arbitratoinitalia.it); la décision citée et analysée par R. Oliva, *Arbitration and companies financial statements*, *op. cit.*

par conséquent, remettre en question la fiabilité du critère italien de l'arbitrabilité et noter le caractère approprié de sa redéfinition après la réforme en 2006. Toutefois, il semble que le remplacement du critère de transigibilité par le critère de disponibilité n'est pas suffisant si la renonciation à l'objet litigieux ne constitue pas un fondement autonome de l'arbitrabilité.

## **SECTION II. L'ARBITRABILITÉ ÉTENDUE A L'ÉPREUVE DU CARACTÈRE CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE**

47. Alors que les difficultés engendrées par le critère légal d'arbitrabilité concernant la compétence de l'arbitre pour traiter des litiges sociétaires sont multiples, elles se limitent à un ordre juridique donné. Les limites relatives à la nature contractuelle de l'arbitrage paraissent par contre universelles en droit comparé. La raison en est le rayonnement de la sentence arbitrale au-delà des seules parties à l'instance (par dérogation à la règle de l'autorité relative de la chose jugée, elle produit un effet *erga omnes*). L'efficacité de la décision du juge – étatique ou privé – ne peut en effet être assurée dans ce type de litige qu'autant qu'elle lie tous les associés, les organes et la société (**Paragraphe 1**). La diversité des instruments juridiques de protection des tiers adoptés en droit comparé, fait pourtant preuve du caractère relatif de ces obstacles et de la flexibilité croissante des ordres juridiques face aux enjeux de l'arbitrage effectif et fiable (**Paragraphe 2**).

## **Paragraphe 1. Le caractère multipartite du litige**

48. En raison de la nature du processus décisionnel dans la société et des règles du droit des sociétés, une pluralité de personnes peut être intéressée ou affectée par une convention d'arbitrage tandis que les effets d'une sentence arbitrale concernent, selon le cas, ses associés, ses dirigeants, ou encore d'autres tiers (ses cocontractants et ses créanciers<sup>933</sup>). A l'égard des modalités de protection de ceux-ci dans le cadre d'un arbitrage portant sur la validité des décisions sociales, la doctrine allemande en conclut traditionnellement que ce type de litiges ne pourrait être tranché que dans le cadre d'une procédure strictement formelle aux yeux de l'opinion publique, devant un tribunal étatique « *qui tranche les litiges en incluant les considérations d'intérêt public*<sup>934</sup> ». Ce positionnement est repris par la doctrine polonaise (A). Malgré la vision élargie de l'opposabilité des sentences arbitrales, les mêmes inquiétudes ne semblent pas tourmenter le droit français (B).

### **A. L'effet relatif de la sentence arbitrale en droit allemand et polonais**

49. La *Bundesgerichtshof* a rendu en 1996, parallèlement à la réforme du code de procédure civile allemand dans le cadre de laquelle le critère de transigibilité fut abandonné, un arrêt *Schiedsfähigkeit I*. Cet arrêt, tout en ouvrant en théorie la porte à l'arbitrabilité des litiges inters à la société, n'a pas eu de portée dans la pratique en raison de l'absence de solution proposée qui aurait permis de protéger tous les intérêts mis en jeux par de tels litiges<sup>935</sup>.

---

<sup>933</sup> La distinction entre parties et tiers n'est pas suffisamment claire en matière de sociétés. La notion des tiers *lato sensu* concerne p.ex. des « tiers proches », les associés de la société, qui n'ont pas participé à l'instance arbitrale, les associés qui peuvent être affectés par la sentence arbitrale, les administrateurs, les représentants légaux, les liquidateurs de la sociétés – qui peuvent être impliqués dans les litiges « internes » à la vie de la société. La notion des tiers *lato sensu* concerne également les « véritables tiers », p. ex. les cocontractants de la société qui sont concernés par les litiges externes à la vie de la société. Notre démonstration se concentre surtout sur les « tiers proches », cf. Ch. Seraglini, « Les effets de la sentence », *Rev. arb.*, 2013 (3), pp. 706 et s.

<sup>934</sup> OLG Hamm, 8 décembre 1986, *préc.*

<sup>935</sup> BGH, 29 mars 1996, II ZR 124/95, *NJW* 1996, p.1753; l'arrêt connu sous le nom de *Schiedsfähigkeit I* n'admet pas l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité des décisions d'assemblée générale mais affirme cependant que l'arbitrabilité de ces litiges ne dépend pas de la transigibilité dans la mesure où les associés ont la possibilité de voter une nouvelle décision qui révoque la résolution litigieuse. C'est dans ce sens que les associés disposent librement de leurs droits relativement à la matière litigieuse.



50. Le principal obstacle à l'arbitrabilité des litiges nés de la vie interne des sociétés, avancé par les législations allemandes et polonaises, est la contradiction entre l'effet relatif de la décision arbitrale et l'effet *erga omnes* retenu à l'égard des jugements des cours étatiques qui se prononcent sur la validité d'une décision d'un organe collectif de la société<sup>936</sup>. L'effet *erga omnes* est justifié par le fait que, pour être efficace, la décision juridictionnelle doit lier tous les associés et les membres des organes de la société qui n'ont pas participé au litige<sup>937</sup>. Or, la transposition à la sentence privée de cet effet élargi au-delà des seules parties à l'instance se heurte à la nature conventionnelle de la procédure arbitrale et des sentences arbitrales<sup>938</sup>. Si le législateur admet l'arbitrabilité des litiges en cause, la reconnaissance de l'effet *erga omnes* de la décision du juge privé s'impose pourtant à défaut de quoi le recours à l'arbitrage en la matière présenterait un intérêt très limité. Notamment, si la sentence arbitrale ne lie que les parties, il existe un risque de multiplication des procédures conduisant à des décisions contradictoires.
51. L'admission de l'effet *erga omnes* est cependant plus difficile à justifier en arbitrage en raison de sa nature conventionnelle, d'autant que la réglementation de la procédure arbitrale n'offre pas de cadre de protection des tiers à la procédure, affectés par la sentence. Dans le cadre d'une procédure devant un tribunal étatique, en raison de l'effet *erga omnes* conféré exceptionnellement à certains jugements, les personnes qui seront liées par la décision ont la possibilité d'intervenir à l'instance aux côtés de la partie qu'ils soutiennent. Ces personnes acquièrent alors le statut d'intervenant accessoire. En cette qualité, ceux qui se sont joint à la procédure disposent d'un champ

---

<sup>936</sup> En droit polonais, cf. l'effet élargi de la décision au-delà des seules parties à l'instance à l'art. 254 et l'art. 427 du Code des sociétés commerciales quant aux procédures en cours devant un tribunal étatique. Selon la section 248 par.1 phrase 1 de l'AktG, si le jugement déclare nulle la résolution litigieuse, la décision du tribunal liera tous les associés ainsi que les membres de l'organe de direction et de contrôle, même s'ils n'ont pas participé à la l'instance.

<sup>937</sup> De même qu'une clause compromissoire ne lie pas un tiers qui n'est pas partie à la convention et ne peut être invoquée au profit d'une telle personne, à titre d'exemple cf. la jurisprudence française, Cass. com, 15 novembre 1978, *D.* 1979. IR 130; Cass com, 4 juin 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 178; *RTD civ.*, 1986, p. 593, obs. Mestre; *Rev. arb.*, 1987, p. 139, note Goutal.

<sup>938</sup> Dans ce sens O. Caprasse, « Les décisions sociales », *op.cit.*, p. 693; v. l'exemple du droit allemand *supra*.

d'autonomie et d'initiative très important au cours du procès<sup>939</sup>. En matière d'arbitrage par contre, il manque généralement des dispositions régulant la situation de ces « tiers » à la procédure qui peuvent être affectés par l'issue du litige. Ainsi, même si le droit polonais prévoit l'équivalence des effets d'une sentence arbitrale et d'une sentence judiciaire, la majorité de la doctrine estime qu'il n'est pas possible d'en déduire que ces deux types de décision sont de valeur égale<sup>940</sup>.

52. C'est sous l'angle de l'absence de garanties processuelles analogues à celles prévues dans la procédure devant un juge étatique pour les personnes qui ne participent pas à la procédure que le problème du règlement arbitral de ces litiges se pose. Il ressort de manière tacite de l'arrêt *Schiedsfähigkeit I* que le législateur a une plus grande confiance dans l'expertise et la neutralité des tribunaux étatiques, considérations qui justifient la restriction de l'application des dispositions sur l'autorité absolue de la chose jugée aux seuls tribunaux étatiques<sup>941</sup>. La doctrine polonaise, renvoyant à cet arrêt, conclut que le défaut de protection suffisante des droits des tiers peut justifier l'annulation d'une sentence arbitrale en la matière sans que cet enjeu constitue un obstacle *per se* à l'arbitrabilité même de ces litiges. Le peu de règles processuelles en droit polonais de l'arbitrage ferait en toute hypothèse peser sur les parties l'obligation de prévoir certaines garanties au sein de la clause d'arbitrage ou du compromis, à défaut de quoi la sentence serait inefficace.

---

<sup>939</sup> A titre d'exemple, en Pologne le pICPC dispose que l'intervenant a le pouvoir de former des prétentions pour son propre compte ; celles-ci peuvent même s'opposer aux demandes et aux actes des parties aux côtés desquelles l'intervenant s'est joint, cf. les articles 81, 73 al. 2 et 79 du pICPC.

<sup>940</sup> L'art. 1212 du pICPC.

<sup>941</sup> L'art. 248 § 1 de l'AktG *ab initio*.

53. Enfin, tant la jurisprudence allemande<sup>942</sup> que la doctrine polonaise<sup>943</sup> dénoncent les risques d'abus qui résultent précisément de l'impossibilité d'obtenir devant un juge privé les mêmes garanties procédurales que celles prévues dans le cadre d'une instance devant le tribunal étatique. En effet, dans la pratique, il se peut que les associés qui ont adopté la résolution litigieuse ne prennent pas part au procès et qu'à leur place participe en réalité la société, représentée par son organe de direction qui peut également souhaiter la nullité de la résolution litigieuse. Dans le cas d'une instance devant un tribunal étatique une telle situation ne porte en elle-même pas un risque de procès corrompu dans la mesure où, ni la société défenderesse, ni le demandeur n'ont d'influence sur le choix du juge, et les associés qui souhaitent maintenir la résolution en vigueur ont la possibilité de faire une intervention accessoire du côté de la société défenderesse.

## **B. La vision élargie de l'opposabilité des sentences arbitrales en droit français**

54. L'effet relatif de la sentence arbitrale ne suscite pas de problèmes en droit français en ce sens qu'il est présenté seulement comme le fondement apparent de l'inarbitrabilité<sup>944</sup>. Par contre, du point de vue du raisonnement susmentionné, développé par la doctrine des droits germaniques, la conception élargie de l'opposabilité paraît mettre en péril des intérêts des tiers, possiblement affectés par la décision de l'arbitre.

---

<sup>942</sup> L'arrêt *Schiedsfähigkeit I* met l'accent sur le fait que la loi ne prévoit pas de mécanisme permettant d'assurer que tous les associés ainsi que tous les membres du directoire et du conseil de surveillance puissent participer à la nomination des arbitres. Il relève également que, contrairement aux litiges qui ont lieu devant un tribunal étatique, il n'existe pas de disposition légale qui exclue les conflits entre plusieurs décisions dans le cas où plusieurs associés initient plusieurs instances arbitrales séparées ou dans le cas où un associé met en place une procédure arbitrale tandis qu'un autre fait appel à un tribunal étatique.

<sup>943</sup> Entre autres, M. Tomaszewski, « O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego – de lege ferenda », *Prawo Spółek*, 2012 (4), pp. 25 et s. Par exemple il suffirait en vertu du pCPC (sans que cela contrevienne au Code des sociétés commerciales) qu'un contrat soit conclu entre l'associé qui souhaite annuler la résolution et l'organe de direction sans la participation, voire même la connaissance des autres associés. Les parties peuvent se mettre d'accord sur la désignation d'un arbitre unique. Ainsi, il serait possible d'empêcher aux personnes intéressées par le maintien de la résolution de participer à la procédure (les autres associés ne sont pas en vertu du pCPC des parties à la procédure et ils ne bénéficient pas du droit de contester le jugement reconnaissant la sentence arbitrale dans les recours post-arbitraux).

<sup>944</sup> J. Billement, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 49 – 52, pp. 43-46.

55. Tout d'abord, selon l'approche française, la sentence arbitrale a un effet substantiel à l'égard de tous les associés et leur est opposable comme fait social. Celui-ci constitue « *une solution que la décision donne au litige, la modification de l'ordonnancement juridique à laquelle la décision conduit* »<sup>945</sup>. En outre, en admettant la présomption de représentation des associés par le représentant de la société, la doctrine confirme que l'effet substantiel de la sentence arbitrale ne se distingue ni d'un vrai effet obligatoire ni de l'autorité de chose jugée<sup>946</sup>. À cet égard, le problème de la mise en cause des droits des tiers se pose d'autant plus que les instruments ordinaires de procédure civile, protégeant les tiers, ne sont pas disponibles dans la procédure arbitrale. A titre d'exemple, dans le cas d'un litige relatif à la validité de la constitution d'une société, on constate le risque d'atteinte de la sentence arbitrale annulant le pacte social à la situation des personnes ayant conclu des contrats avec la société. L'intérêt de ces derniers à se prévaloir de la décision ou le besoin d'intervention au procès pour exprimer leur position n'est pas contesté<sup>947</sup>. Cependant, l'intervention volontaire et forcée semble bien impossible sans le consentement des parties<sup>948</sup>.
56. Ensuite, la jurisprudence de la Cour de cassation de 2007<sup>949</sup> et 2008<sup>950</sup> a explicitement élargi l'opposabilité de la sentence arbitrale au-delà de son dispositif, soit aux constatations et qualifications des faits figurant dans les motifs de la sentence. L'opposabilité élargie semble dès lors conférer une véritable autorité de la chose jugée à des motifs à l'égard des tiers. Alors que les arrêts susmentionnés autorisent de manière générale l'impact exercé sur les tiers dans le droit commun de l'arbitrage, le

---

<sup>945</sup> Ch. Seraglini, « Les effets de la sentence », *op. cit.*, p. 708.

<sup>946</sup> *Ibid.*, p. 708.

<sup>947</sup> J. Billement, *op. cit.*, n° 49, p. 44.

<sup>948</sup> Cf. la jurisprudence française ; CA Paris, 19 décembre 1986, *OIAETI c. Sofidif*, *Rev. arb.*, 1987, p. 359. La compétence du tribunal arbitral étant conventionnellement limitée, pour que l'intervention soit possible, il faudrait une convention entre tous les intéressés (même tacite et résultant de l'absence d'opposition à l'intervention, cf. J. Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 6ème éd. Dalloz, Paris 1993 ; J. Rubellin, « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie », *Rev. arb.*, 1981, p. 29.

<sup>949</sup> Cass. com., 23 janvier 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 769, note Mayer.

<sup>950</sup> Cass. com., 2 décembre 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 327, note Mayer.

risque d'atteinte aux droits des ceux-ci nous paraît encore plus grand à l'occasion d'un conflit interne à la société. Dans cet esprit se prononce également M. Seraglini, en soutenant que, si le problème de la version élargie de l'opposabilité retenue par la Cour n'est pas spécifique au droit des sociétés, les conflits intervenant en la matière permettent de faire apparaître plus clairement certains défauts du droit de l'arbitrage<sup>951</sup>. Or, alors que la réforme du droit des contrats de 2016 en France<sup>952</sup> a clarifié la portée de l'effet relatif des contrats vis-à-vis des tiers<sup>953</sup>, la même logique n'accompagne pas le raisonnement sur les effets des sentences, le problème étant en fait ignoré par la doctrine. Cette faiblesse de l'arbitrage à l'égard des tiers est pourtant remédiée en droit français par d'autres solutions inscrites en textes de loi que nous allons aborder *infra*.

## ***Paragraphe 2. Les solutions envisageables***

57. Des législations influencées par la doctrine du cercle des droits germaniques ont choisi, par voie jurisprudentielle ou législative, de reconnaître l'arbitrabilité des litiges sociétaires multipartites moyennant le respect de certaines conditions en amont de la procédure arbitrale (A). En revanche, des ordres juridiques de la famille des droits romanistes décident d'appliquer une solution portant sur un contrôle en aval de la sentence arbitrale (B).

---

<sup>951</sup> Ch. Seraglini, « Les effets de la sentence », *op. cit.*, p. 719 et s.

<sup>952</sup> L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 relatif à la réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations, publiée au Journal Officiel le 11 février 2016, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>953</sup> L'ancien art. 1165 du frCc prévoyait que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ». Cela, ne signifiait pas pourtant qu'un contrat ne pouvait pas emporter une influence sur les tiers, v. C. Guelfucci-Thibierge, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 1000. Certes, il était soutenu que « *l'opposabilité d'un acte, quelle que soit sa nature, ne constitue pas une extension aux tiers de son effet obligatoire* », v. J. Duclos, *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ., Paris 1984, p. 140. Pourtant, l'effet à l'égard des tiers se produit avec la publicité de la décision, v. X. de Mello, « L'expérience des arbitres (ou « l'espérance » des arbitres) », In *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Libraires Techniques, Paris 1994, p. 110. Après la réforme de 2016 « *les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat* » et « *peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter une preuve d'un fait* ». La formulation actuelle de l'art. 1199 du frCc est moins ambiguë est signifie que le contrat ne peut changer ou éteindre que des obligations existant entre les parties. Il est de plus précisé que « *les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter* »; cf. également *infra*.

## A. L'arbitrabilité conditionnelle

58. La solution novatrice, élaborée par le droit allemand, reposant sur un compromis entre l'arbitrabilité et la protection des tiers (1) semble être bien accueillie par les pays dans lesquels l'arbitrage commercial est en pleine croissance, comme la Russie (2).

### 1. En droit allemand

59. Face aux problèmes exposés ci-dessus, la jurisprudence allemande a finalement posé certaines solutions et amorcé une possible ouverture à l'arbitrage des conflits en cause en 2009 dans l'arrêt *Schiedsfähigkeit II*<sup>954</sup>. Désormais, une sentence arbitrale prononcée sur la validité d'une résolution d'assemblée générale d'une *GmbH* peut avoir un effet à l'égard de la société et de tous les associés mais à des conditions très strictes : le consentement à la convention d'arbitrage doit avoir été exprimé par tous les associés, et la société elle-même; tous les associés doivent avoir été notifiés de l'introduction de la procédure d'arbitrage; tous les associés doivent avoir été en mesure de participer à la constitution du tribunal arbitral et enfin, toutes les actions relatives à une même question doivent être jointes devant le même tribunal arbitral. Suite à cette décision, la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)* a élaboré une clause d'arbitrage type et une réglementation spécifique à la procédure arbitrale en cas de litige sociétaire<sup>955</sup>. Il paraît que la solution allemande semble être efficace et pratiquement pertinente. Son application demeure cependant limitée car elle dépend de la taille de la société de capital. Une évolution a été introduite en 2017 dans le but d'étendre son application pour les sociétés en commandite et ce par l'arrêt BGH *Schiedsfähigkeit III* en 2017<sup>956</sup>.

---

<sup>954</sup> BGH, 6 avril 2009, *préc.*

<sup>955</sup> Disponible en ligne sur le site de la *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, <http://www.dis-arb.de/en/17/clause/dis-model-clause-for-corporate-law-disputes-09-id10>.

<sup>956</sup> BGH, 6 avril 2017, I ZB 23, *NJW-RR* 2017, p. 876 (*Schiedsfähigkeit III*) v. T. Hertel, A. Covi, « Arbitrability of Shareholder Disputes in Germany », *Kluwer Arbitration Blog*, 7 février 2018, disponible en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>.

## 2. En droits russe et polonais

60. Les lois russes sur l'arbitrage interne et international, modifiées en 2015, ont opté pour une approche positive quant à la définition de l'arbitrabilité. Elles considèrent en effet comme arbitrables tous litiges de nature contractuelle et plus généralement ceux relevant du droit civil, sous réserve des lois qui l'excluent explicitement<sup>957</sup>.
61. Le régime de l'arbitrabilité en arbitrage interne se calque sur les dispositions similaires d'un acte antérieur à la réforme – loi de la Fédération de Russie n° 102-FZ sur les Tribunaux fédéraux de l'arbitrage du 24 juillet 2002 ainsi que sur les dispositions concernant l'arbitrage international – les art. 1 al. 3 et al. 6 de la loi de la Fédération de Russie sur l'arbitrage commercial international n° 5338 - 1 du 7 juillet 1993, modifiée le 3 décembre 2008 et le 29 décembre 2015<sup>958</sup>. Les critères généraux de l'arbitrabilité relèvent après la réforme de 2015 des actes suivants : la loi de l'arbitrage (procédure arbitrale) de la Fédération de Russie, l'amendement à la loi de la Fédération

---

En l'espèce, le litige opposait les associés de la société en commandite – un SARL (le demandeur) et une personne physique (le défendeur). La partie demanderesse a adopté une résolution mettant fin au statut du défendeur en tant qu'actionnaire. Les statuts de la société en commandite contenaient une convention d'arbitrage et un accord parallèle additionnel, incluant une convention d'arbitrage. Cette dernière est restée en vigueur jusqu'au moment du litige quand le demandeur a initié une procédure d'arbitrage contestant la validité de la résolution de associés. Le demandeur a remis en question la compétence du tribunal arbitrale, mais une sentence provisoire a été rendue en faveur de celle-ci. Après que le juge judiciaire n'a pas annulé la sentence provisoire, la BGH s'est prononcé pourtant en défaveur de l'arbitrage. En rappelant que l'arrêt *Schiedshähigkeit II* s'applique à l'affaire en cause, la BGH a mis l'accent sur l'importance d'égalité de toutes les parties quant à la constitution du tribunal arbitral et quant à la participation à l'instance. Les règles applicables aux SARL devraient pourtant être adaptées aux sociétés en commandite ce qui nécessite des précisions subséquentes.

<sup>957</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II.

<sup>958</sup> « Le 7 mai 2015, le gouvernement russe a proposé à la Douma un projet de nouvelle loi sur l'arbitrage interne en Fédération de Russie. Le projet définit l'arbitrage interne quant aux litiges découlant d'une relation juridique, contractuelle ou non, lorsqu'aucune des parties n'est pas une personne physique avec la nationalité ou réside habituellement dans un pays autre que la Russie; une personne morale qui est constituée ou dont le contrôle et la direction centrale sont exercés dans un état autre que la Russie; le tribunal arbitral a son siège dans la Fédération de Russie. Il s'agit d'une deuxième tentative pour réglementer l'arbitrage interne en Russie. Récemment, en 2014, la tentative d'introduire une nouvelle loi sur l'arbitrage national a échoué suite à la critique de l'Administration présidentielle », ((traduction libre), comme résumé par M. Samolyov en langue anglaise, *Russian proposals on domestic arbitration*, <http://www.en.msamoylov.com/?p=265#more-265>. Cf. également N. Ghibradze, A. Dolgorukow, « The Russian Arbitration Reform – a Road to More Certainty ? », *Kluwer Arbitration Blog*, 25 octobre 2016 disponible en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/25/the-russian-arbitration-reform-a-road-to-more-certainty/>.

de Russie sur l'arbitrage commercial international, l'amendement au Code de la procédure de l'*Arbitrazh*, l'amendement au Code de la Procédure Civile. Toutes ces lois sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2016, à l'exception des dispositions portant sur les litiges sociétaires qui sont en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 2017<sup>959</sup>.

62. A l'instar du droit allemand et ayant pour source d'inspiration la loi type de la CNUDCI, la réforme a élargi le champ de l'arbitrabilité des litiges sociétaires<sup>960</sup>. L'accent a été, notamment, mis sur des litiges relatifs à la propriété d'actions, les participations dans le capital autorisé et les conventions d'actionnaires qui peuvent dès lors être soumis à l'arbitrage. Le texte dit explicitement qu'« *une convention d'arbitrage pourrait être incluse dans les statuts de la société. Toutefois, elle est interdite dans le cas des sociétés publiques et des sociétés comptant plus de mille actionnaires* »<sup>961</sup>.
63. Quant à l'arbitrabilité des litiges relatifs à la nullité des décisions sociales, les propositions de la réforme, reprises par les textes de loi en vigueur, ont mis en exergue les conditions suivantes : le tribunal arbitral doit avoir son siège en Russie; tous les associés et la société doivent signer la convention d'arbitrage; la procédure d'arbitrage doit être administrée par une institution arbitrale enregistrée et officiellement reconnue, fournissant des règles de procédure déposées auprès du ministère de justice. Dès lors,

---

<sup>959</sup> *Ibid.*; O. Skvortsov, L. Kropotov, « Arbitration changes in Russia : Revolution or Evolution ? », *Journal of International Arbitration* 2018, 35 (2), pp. 253 et s.

<sup>960</sup> M. Samolyov, *Russian proposals on domestic arbitration*, <http://www.en.msamoylov.com/?p=265#more-265>, *op. cit.* Il faut noter que la présomption de caractère arbitral des litiges sociétaires concerne uniquement la matière interne, cf. l'opinion critique sur la politique législative russe concernant l'arbitrage international D. Andreev, « Russian laws on the offensive: Cross-Border effect of the new arbitration regime for corporate disputes », *Kluwer Arbitration Blog*, 12 décembre 2016, disponible en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/12/russian-laws-on-the-offensive-cross-border-effect-of-the-new-arbitration-regime-for-corporate-disputes/>. Avant la réforme de 2015, l'arbitrabilité des litiges sociétaires en droit russe était remise en question notamment eu égard à la compétence exclusive des tribunaux commerciaux, v. K. Hobér, « The Russian doll syndrome : Russian Tactics in international arbitration », In Ch. Müller, S. Besson, A. Rigozzi (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, Schulthess, Zürich 2015, pp. 19 et s. L'auteur cite à cet égard not. l'arrêt du Tribunal commercial (Tribunal de l'*Arbitrazh*) de la région *Khanty-Mansiyskiy*, 29 décembre 2004, *Maximov c. Novolipetskiy Mettallurgicheskiy Kombinat*, n° A75-3725/04-860-2005, v. *ibid.*, p. 12.

<sup>961</sup> *Traduction libre*; v. les observations de M. Samolyov en langue anglaise, *Russian proposals on domestic arbitration*, <http://www.en.msamoylov.com/?p=265#more-265>, *op. cit.*



l'arbitrage *ad hoc* n'est plus possible dans le domaine du droit des sociétés. Par la réforme de 2015, le législateur russe, outre la précision des conditions de l'arbitrabilité des litiges sociétaires, a affirmé en effet sa position par rapport aux institutions arbitrales de réputation douteuse et s'est distancé du libéralisme législatif excessif de l'époque post-communiste<sup>962</sup>.

64. La dernière réforme du pCPC de 2019 fournit également la preuve de ce que le législateur polonais s'est inspiré des solutions doctrinales allemandes. L'art. 1163, tel que modifié par la réforme du pCPC de 2019, précise dès lors, à son deuxième paragraphe, les conditions de la convention d'arbitrage, établies à l'instar de l'arrêt *Schiedsfähigkeit II*. Cette évolution constitue sans doute une étape significative de la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges sociétaires à la lumière des garanties procédurales par rapport aux tiers.

## **B. L'opposition à la sentence arbitrale en droit français et belge**

65. Tant qu'aucune exigence préalable particulière excepté la conclusion d'une convention, aucune solution jurisprudentielle et législative spécifique n'est prévue pour encadrer l'effet substantiel de la sentence rendue à l'égard de tous les associés. Même si l'intérêt des tiers rentre en jeu, les droits français et belge considèrent que cette « spécificité » de l'effet élargi des jugements portant, notamment, sur la validité des décisions d'assemblée générale, ne constitue pas un obstacle au règlement arbitral de ces litiges. Cette approche se recoupe jusqu'à un certain point avec celle proposée par une partie de la doctrine allemande et polonaise qui sépare partiellement la question de la protection des tiers de la notion d'arbitrabilité *in abstracto* en tant que telle. L'accent mis sur la sauvegarde de l'intérêt des tiers dans les droits de la tradition romaniste est néanmoins moins fort. C'est par conséquent la voie de la contestation dite « tierce-opposition », en aval de la procédure arbitrale, qui est privilégiée en France et en Belgique.

---

<sup>962</sup> V. O. Skvortsov, L. Kropotov, « Arbitration changes in Russia : Revolution or Evolution ? », *op. cit.*, pp. 259-261.

66. Au premier regard, étant donné que la voie de l'intervention est fermée devant une justice arbitrale, le recours à la tierce opposition contre la sentence arbitrale rendue à l'associé dont la situation se trouve affectée par cette sentence et qui n'a pas participé à l'instance arbitrale, paraît une alternative prometteuse<sup>963</sup>. Cette institution, inconnue des droits germaniques, présente toutefois les problèmes suivants. Tout d'abord, le droit français réserve la voie de la tierce opposition aux seules sentences internes. Elle peut souvent être fermée à l'associé dans la mesure où il est en principe considéré comme ayant été représenté à l'instance par le représentant de la société, problème qu'on ne retrouve pas d'ailleurs en présence d'un véritable tiers, créancier ou cocontractant, ceux-ci n'étant pas représentés à l'instance arbitrale. Enfin, la tierce opposition n'est en principe ouverte que contre le dispositif de la décision, auquel seul est attaché l'effet substantiel susceptible de léser un tiers.
67. Malgré des limitations susmentionnées, il paraît que le simple fait d'existence de l'institution de la tierce opposition semble éliminer les obstacles potentiels à l'arbitrabilité. L'autorité de chose jugée *inter partes* des sentences arbitrales est garantie par l'art. 1484 du frCPC<sup>964</sup>. Si, par contre, la sentence concerne les intérêts de tiers, l'admissibilité du recours en tierce opposition découle de l'art. 1501 du frCPC<sup>965</sup>. La doctrine française n'y voit pas donc le risque d'atteinte aux droits des tiers, à un tel point qu'elle pourrait justifier l'inarbitrabilité<sup>966</sup>.

---

<sup>963</sup> D'après l'art. 1501 du frCPC la sentence arbitrale interne peut être frappée de tierce opposition. Un tel recours est soumis aux dispositions du Code de procédure civile, toutefois, la juridiction compétente pour statuer sur la tierce opposition est celle « *qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions de l'art. 588, alinéa 1er, du code de procédure civile* ». Par conséquent, la cour d'appel est compétente pour juger la tierce opposition si la sentence arbitrale constitue l'objet d'une tierce opposition incidente dans le cadre d'une instance d'appel, v. N. Fricero, « Tierce opposition », In *Répertoire Dalloz Procédure civile*, juin 2012.

<sup>964</sup> L'art. 1484 du frCPC prévoit que « [l]a sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche. Elle peut être assortie de l'exécution provisoire. Elle est notifiée par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

<sup>965</sup> L'art. 1501 du frCPC prévoit que « [l]a sentence arbitrale peut être frappée de tierce opposition devant la juridiction qui eût été compétente à défaut d'arbitrage, sous réserve des dispositions du premier alinéa de l'art. 588 ».

<sup>966</sup> Ce constat concerne au moins les matières litigieuses sur la validité d'une société, v. J. Billement, *op. cit.*, p. 5.

## CHAPITRE II. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – L'EXEMPLE DES LITIGES PORTANT SUR LA NULLITÉ DES BREVETS

68. La propriété intellectuelle au cours des dernières décennies a conquis le commerce international. Le développement de la technologie informatique a eu pour conséquence une multiplication des contrats et des litiges en la matière. Dans ce domaine, malgré la coexistence d'éléments relevant du droit privé et du droit public, l'arbitrage n'est pas exclu. Les litiges survenus en ce domaine représentent même « *un terrain propice au développement d'un arbitrage spécialisé en raison de leur technicité* »<sup>967</sup>. Toutefois, la présence de règles touchant à l'ordre public économique ne permet pas de soumettre tous les litiges de ce type à l'arbitrage. C'est notamment le cas des titres de propriété intellectuelle qui accordent à leurs propriétaires un monopole portant atteinte à un certain point à la liberté du commerce et de l'industrie.
69. Certes, la liberté contractuelle dans ce domaine se manifeste largement à travers son aspect patrimonial et commercial. Nombreuses sont donc les branches de la propriété intellectuelle où l'arbitrabilité ne soulève pas de doutes<sup>968</sup>. Une analyse complète de ce

---

<sup>967</sup> J. Billemeont, *op. cit.*, n° 155, p. 109.

<sup>968</sup> Parmi les litiges incontestablement arbitrables dans la majorité des ordres juridiques, se trouvent ceux portant sur les droits patrimoniaux qui ne sont pas soumis à l'enregistrement, comme le droit d'auteur. L'arbitrage des litiges portant sur les droits moraux d'auteur est par contre limité, tant dans les ordres juridiques qui excluent l'arbitrabilité des litiges relatifs aux droits indisponibles, que dans ceux qui adoptent le critère de la patrimonialité. De tels droits « *sont inaliénables et ne peuvent faire l'objet de renonciation* », v. D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-Poche 2009, n° 207, p. 457. Pourtant, selon le même auteur, même dans le cas des litiges relatifs aux droits moraux d'auteur, il s'agit d'une inarbitrabilité qui n'est pas absolue, la règle contenant des exceptions, comme c'est le cas p. ex. du consentement de l'auteur à la modification de ses œuvres par les tiers en droit portugais, *ibid.*, p. 457. En droit français, le droit moral de l'auteur, en tant que droit extrapatrimonial est indisponible et hors du commerce juridique dans un souci de préservation de l'intérêt général, au nom de l'intégrité des œuvres. Il s'agit donc des droits auxquels on ne peut renoncer. L'auteur peut pourtant renoncer p. ex. à la réparation relative à une violation passée du droit au respect de l'œuvre et peut disposer, dans le cadre d'une activité professionnelle des conséquences pécuniaires de ces droits v. J. Billemeont, *op. cit.*, p. 114 avec les références citées. D'ailleurs, parmi les litiges relatifs au droit patrimonial d'auteur, pas tous ne sont disponibles, comme c'est le cas du droit de suite, v. D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, *op. cit.*, p. 458. En droit polonais, les litiges portant sur les droits d'auteur semblent généralement arbitrables en l'absence de dispositions spéciales prévoyant la

sujet dépasse toutefois la portée de la présente étude. Nous allons approfondir notamment la question de l'arbitrabilité des litiges de la propriété industrielle, en mettant un accent particulier sur le domaine des brevets d'invention. Celui-ci, défini généralement comme un titre de propriété industrielle accordé au titulaire d'une invention et conférant à ce dernier une exclusivité sur son exploitation pendant une certaine période de temps, restreint en effet la liberté de commerce, de sorte qu'un litige éventuel a le potentiel d'intéresser la collectivité entière<sup>969</sup>.

70. La matière litigieuse portant sur les brevets n'est pourtant pas homogène. Eu égard à l'intérêt particulier de cette étude pour l'arbitrabilité, nous allons limiter notre analyse à la problématique des litiges portant sur la validité des brevets. Celle-ci peut à son tour être soulevée dans différents cas. Dans la première hypothèse qui intéresse notre démonstration, le litige porte directement sur la validité des brevets et les parties décident de soumettre cette question à un arbitre. Dans la deuxième hypothèse, beaucoup plus probable en pratique, il s'agit des litiges ayant une base contractuelle diversifiée. L'exception d'invalidité du brevet peut être soulevée par l'une des parties du contrat principal comme moyen de défense contre une allégation de contrefaçon de ce dernier ou dans le cas de non-exécution d'un contrat, notamment d'un contrat de licence<sup>970</sup>.

---

compétence exclusive d'un autre organe. Notamment, seront dotés de l'attribut de transigibilité les litiges portant, à titre d'exemple sur la détermination de la paternité de l'œuvre, les litiges contractuels portant sur l'exécution des licences et la cession des droits d'auteur, v. R. Sikorski, « Zdatność arbitrażowa spraw z zakresu własności intelektualnej », *ADR*, 2 (6), 2009, p. 52. Un auteur polonais postule dans le contexte du droit à l'invention que son caractère personnel, incompatible à la renonciation, ne remet pas en cause sa transigibilité. L'impossibilité de renonciation n'impliquerait pas en effet le manque de disponibilité. Dans le cas contraire, un seul objectif de la transaction dans un litige concernant la paternité porterait, selon cette approche, sur la cession du droit auquel on ne peut pas renoncer, v. I. Bałos, *Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentów*, CH. Beck, Warszawa 2017, pp. 212-222 avec les références citées, v. également *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section II. Une autre solution est apportée à cet égard par M. Moura Vicente qui propose de ne pas identifier la disposition des droits moraux d'auteur avec leur exercice, v. D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle en droit international privé*, op. cit., p. 458 : « Des actes juridiques relatifs à la modification de l'œuvre ou à l'identification de son auteur peuvent donc être pratiques. Ceux-ci n'impliquent pas la disposition du droit moral, mais plutôt son exercice. Les litiges résultant de tels actes sont arbitrables (...) ».

<sup>969</sup> Dans la doctrine française, v. M. Vivant, *Juge et loi du brevet*, Litec, Paris 1977, pp. 25 et s. Dans la littérature polonaise, v. A. Szajkowski, H. Żakowska-Henzler, « Patent », In R. Skubisz (éd.), *System Prawa Prywatnego*, vol. 13 A, *Prawo własności przemysłowej*, C. H. Beck, Warszawa 2012, p. 472; M. du Vall, *Prawo patentowe*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, p. 229.

<sup>970</sup> En ce sens I. Bałos, op.cit, 251.

71. On peut relever l'absence de consensus concernant la soumission de tels litiges à l'arbitrage tant en doctrine qu'en jurisprudence. Étant partiellement résolue en droit français, cette question approfondit en même temps l'analyse que nous avons effectuée en étudiant les obstacles à l'arbitrabilité des litiges sociétaires<sup>971</sup>. Pour pouvoir évaluer l'impact réel de ces facteurs sur l'arbitrabilité des litiges relatifs à la validité des brevets, nous allons examiner deux obstacles à l'arbitrabilité qui apparaissent *prima facie* infranchissables – la compétence exclusive (**Section I**) et l'effet relatif de la sentence arbitrale (**Section II**). Serait-il possible pour l'arbitre de se prononcer sur un titre issu d'un acte de puissance publique, sur la validité duquel seul un juge doté de l'*imperium* dispose de la faculté de statuer ? Avant de répondre à cette question, il nous paraît opportun de dévoiler les raisons du monopole juridictionnel étatique.

## SECTION I. LES LIMITES RELATIVES À LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE

72. Le problème de la compétence exclusive dans le domaine des titres de propriété des brevets est complexe eu égard aux différentes étapes de « cycle de vie » de ceux-ci. Ce problème touche tant l'attribution des brevets que leur modification ou révocation en droit national (**Paragraphe 1**). Pourtant, le problème se pose sur différents niveaux de législation. Dissemblablement aux problèmes de droit des sociétés, la question des brevets, en raison de leur fort aspect public, est largement réglementée au plan international et européen ce qui rend plus transparentes les conditions légales de mise en œuvre de l'arbitrage international dans cette matière (**Paragraphe 2**). En comparaison avec la question de l'arbitrabilité des litiges concernant la validité des décisions sociales, la compétence exclusive touchant à la validité des titres de propriété industrielle s'impose d'autant plus que, eu égard au principe de protection territoriale de propriété, elle engage également des institutions administratives, et non seulement des cours étatiques.

---

<sup>971</sup> Le classement des litiges de la propriété industrielle soumis à l'arbitrage dépend de l'objectif de l'étude, les différends concernant la propriété industrielle étant classifiés à titre d'exemple en deux groupes : ceux portant sur les contrats de licence d'une part et les autres d'autre part, cf. J. D. M. Lew, « Finale Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration », *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1998, 9 (1), pp. 37-95.

### ***Paragraphe 1. En droit de l'arbitrage interne***

73. L'argument de l'existence d'une compétence exclusive au profit des cours étatique en tant qu'obstacle à l'arbitrabilité dans le domaine des brevets est loin d'être convainquant. Cette observation vaut même pour les domaines particulièrement importants du point de vue de l'intérêt public, où les cas d'inarbitrabilité demeurent résiduels, certaines formes de l'arbitrage parvenant à trouver leur chemin à la reconnaissance de ses qualités (A). Le domaine de l'arbitrage commercial classique relatif à l'exploitation volontaire des titres en droit apporte des arguments supplémentaires en défaveur de la signification de la compétence exclusive pour l'arbitrabilité. Ils peuvent être déduits, notamment, du régime normatif régissant la matière des brevets en droit polonais et français, ce qui n'échappe guère à la réflexion générale sur l'approche vis-à-vis de l'arbitrabilité dans les différents ordres juridiques en question (B).

#### **A. L'exploitation forcée des titres**

74. Une émanation pure du pouvoir régalién constitue le domaine des brevets intéressant les secteurs stratégiques de l'économie publique, comme la défense ou la santé publique, réglementée par le système des licences obligatoires. De façon préliminaire, il convient d'observer que, d'un côté, les litiges relatifs à l'exploitation forcée des titres de propriété intellectuelle constituent l'une des dernières matières inarbitrables dans le domaine étudié qui devrait être clairement distingué de la démonstration subséquente de ce chapitre. À titre d'exemple, en droit français, de telles procédures, reposant sur l'attribution de licences obligatoires par les juges judiciaires, sont prévues en cas d'exploitation insuffisante par les titulaires des titres (articles L. 613-11 à L.613-14 du CPI<sup>972</sup>) ou de perfectionnement brevetable d'une invention déjà existante (l'art. L. 613-

---

<sup>972</sup> Loi n° 92-597 du 1 juillet 1992 relative au code de la propriété intellectuelle, réformée par la loi n°2011-525 du 17 mai 2011, *préc.*

15 al. 2 du CPI). Elles sont reconnues inarbitrables eu égard à leur caractère non-contractuel et à leur nature régaliennne, exercée dans l'intérêt général<sup>973</sup>.

D'un autre côté cependant, le phénomène mentionné possède une autre facette, favorable à l'arbitrage. Le motif du développement d'un arbitrage spécialisé, nommé « nécessaire » par un auteur<sup>974</sup>, est pratique et repose sur la rapidité de la procédure. À titre d'exemple, le grand nombre de litiges portant sur l'autorisation de mise sur le marché des médicaments génériques au Portugal a mené à l'introduction de l'arbitrage obligatoire dans cette matière<sup>975</sup>. De telles autorisations sont, selon le droit portugais, des actes administratifs émis par une agence gouvernementale et constituent l'objet des recours devant les cours administratives, portées par les brevetés. En conséquence, eu égard à une longue période d'expiration des titres en question, l'accessibilité du traitement était souvent limitée. Le prix des médicaments génériques étant par conséquent significativement moins élevé, les consommateurs – tant les personnes physiques que les établissements publics supportaient des frais inutiles. Comme le dit M. Moura Vicente dans le contexte de la loi n° 62/2011 du 14 décembre 2011 « (...) *au Portugal au début de cette décennie, la loi de 2011 a imposé à tout intéressé désirant invoquer son droit de propriété industrielle contre un fabricant de médicaments génériques de le faire devant un tribunal arbitral institutionnel ou de demander la soumission du litige à un arbitrage ad hoc dans un délai de trente jours à compter de la publication de la demande d'introduction sur le marché de ces médicaments. Le litige est l'objet d'une procédure simplifiée et doit être résolu dans un court délai. La sentence arbitrale qui est rendue peut toutefois être attaquée par un recours sans caractère suspensif, introduit devant la cour d'appel compétente. Ce régime a réussi à débloquent le contentieux relatif à l'infraction des droits de propriété industrielle sur*

---

<sup>973</sup> G. Bonet, Ch. Jarroson, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français », In *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, IRPI, Paris 1994, p. 66. V. également J. Billemont, *op. cit.*, n° 19, p. 113.

<sup>974</sup> « *L'arbitrage nécessaire* » selon D. Moura Vicente, v. D. Moura Vicente, « L'arbitrage au Portugal et au Brésil », *La lettre de l'AFA*, mars 2016, vol. 19, disponible en ligne : [http://www.afa-arbitrage.com/es/?wysija-page=1&controller=email&action=view&email\\_id=199&wysijap=subscriptions](http://www.afa-arbitrage.com/es/?wysija-page=1&controller=email&action=view&email_id=199&wysijap=subscriptions).

<sup>975</sup> D. Moura Vicente, « Arbitrability of intellectual property disputes : a comparative survey », *Arbitration International*, 2015, 31 (1), pp. 158 et s.

*les inventions médicales par la commercialisation des médicaments génériques; mais son application a soulevé un certain nombre de problèmes, parmi lesquels le plus significatif est sûrement celui de la compétence des tribunaux arbitraux ainsi constitués afin de décider de la validité des brevets d'invention invoqués par les demandeurs. Sur ce point, les cours d'appel portugaises ont rendu des arrêts contradictoires – les uns admettant que les tribunaux arbitraux connaissent de ladite question avec des effets seulement inter partes, les autres le niant même avec cette restriction – ce que demandera à bref délai une clarification par la Cour suprême »<sup>976</sup>.*

## **B. L'exploitation volontaire des titres**

75. Les obstacles à l'arbitrabilité résultant de la compétence exclusive ne représentent pas un phénomène homogène. Les systèmes de droit moins centrés sur l'ordre public, au moins quant à la définition de l'arbitrabilité, mettent un fort accent sur l'existence de la compétence étatique exclusive comme une restriction légale de l'arbitrabilité, résultant de la souveraineté étatique dans l'attribution et révocation de titres, comme c'est le cas du droit polonais (1). Les ordres juridiques définissant l'arbitrabilité par la notion d'ordre public, comme le droit français, justifient à leur tour l'inarbitrabilité en question par le caractère essentiellement d'ordre public des droits de propriété industrielle, qui sont exclus de l'arbitrage par la présence de l'intérêt général. Avec le déclin de l'ordre public dans la définition de l'arbitrabilité, la compétence exclusive perd de l'importance en tant que limite à l'arbitrage (2).

---

<sup>976</sup> D. Moura Vicente, « L'arbitrage au Portugal et au Brésil », *op. cit.* L'auteur cite deux arrêts de la cour d'appel de Lisbonne – CA Lisbonne, 13 janvier 2015, aff. n° 1356/13, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>, OYRLSB.L1-7; CA Lisbonne, 13 février 2014, aff. n° 1053/13, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>, 7YRLSB-2.



## 1. En droit polonais

76. L'arbitrabilité des litiges de propriété intellectuelle est évaluée selon le critère provenant de l'art. 1157 du plCPC et selon des règles générales de droit commun. Ainsi, conformément aux articles 1 et 2 du plCPC, sont arbitrables les litiges de nature civile, relevant du procès civil. Conformément à la dernière condition reconnue en l'absence de dispositions spéciales prévoyant la compétence d'un autre organe, peuvent donc être soumis à l'arbitrage les différends pour lesquelles la juridiction de droit commun est compétente<sup>977</sup>.
77. Le régime polonais de la propriété industrielle, dans la mesure où il intéresse notre démonstration, est réglementé par la loi du 30 juin 2000 relatif à la propriété industrielle<sup>978</sup>. À la lumière de ce texte, en raison de l'inadmissibilité de la voie du procès civil, l'arbitrabilité n'est pas reconnue dans certains litiges portant sur la propriété industrielle, pour lesquels l'Office Polonais des Brevets est exclusivement compétent. Selon l'art. 255 al. 1 § 1-9 de la loi sur la propriété industrielle, l'Office Polonais des Brevets statue dans le cadre de la procédure contentieuse, notamment, sur des litiges portant sur l'annulation d'un brevet, l'annulation des droits accessoires de protection, l'annulation d'un brevet européen et sur l'annulation de la reconnaissance en Pologne de la protection de la marque internationale et de l'expiration des brevets<sup>979</sup>.

---

<sup>977</sup> T. Ereciński, K. Weitz, *Sąd arbitrażowy, op. cit.*, p. 117 ; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (...), op. cit.*, n° 6, p. 116.

<sup>978</sup> La loi du 30 juin 2000 sur la propriété industrielle (*Prawo własności przemysłowej*, Dz.U. 2017 pos. 776), ci-après la loi sur la propriété industrielle. Le texte de la loi a été réformé (*Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zmianie ustawy – Prawo własności przemysłowej*, Dz.U. 2015, pos.1615). Lesdites réformes n'apportent pas de changements significatifs dans la matière des brevets d'invention si ce n'est un certain assouplissement des conditions de breveté concernant l'exigence de « nouveauté », examinée par l'Office Polonais des Brevets (*Urząd Patentowy Rzeczypospolitej, UPRP*). Les modifications introduites par l'amendement du 11 septembre 2015, en partie causées par la nécessité d'alignement avec des réglementations européennes et internationales, visent à répondre aux problèmes qui se posent dans l'application pratique de la loi modifiée dans sa forme actuelle. Il s'agit notamment de l'unification des procédures précédemment appliquées à l'enregistrement des modèles industriels (« *wzory przemysłowe* », pl.) et des marques (« *znaki towarowe* », pl.) dans le système national et international, et la simplification considérable de la procédure d'obtention de la protection de la marque (« *uzyskanie prawa ochronnego na znak towarowy* », pl.). La dernière réforme de la loi sur la propriété industrielle a été adoptée le 16 octobre 2019. Son entrée en vigueur est prévue en 2020. Elle aligne les standards de la protection des brevets avec les réglementations européennes et internationales. Dès lors, il ne sera pas obligatoire de prouver l'intérêt juridique pour demander l'annulation du brevet.

<sup>979</sup> La présentation du catalogue complet dépasse le sujet de la présente étude.

La loi précise également les litiges pour lesquels la voie du procès civil est admise. Selon l'art. 284 § 1-12 de la loi susmentionnée, la voie du procès civil est attribuée aux litiges portant notamment sur l'établissement de la paternité du projet d'invention, l'établissement du droit au brevet et l'établissement du droit de protection de la marque. De tels litiges sont désormais arbitrables. Les solutions polonaises ressemblent sur ce point aux dispositions de certaines législations étrangères, présentes notamment en droit français et allemand<sup>980</sup>. Or, dans le domaine de la propriété intellectuelle, le législateur polonais adopte un système dualiste de compétences, tenant compte du caractère hétérogène de la matière en cause, à la fois civile et administrative<sup>981</sup>. Quant aux brevets, une fois le droit accordé par l'Office Polonais des Brevets<sup>982</sup>, il peut être invalidé par le même organe. La décision administrative est soumise au contrôle du Tribunal administratif de voïvodie de Varsovie<sup>983</sup>. Les litiges pour lesquels la voie du procès civil est admise tombent cependant sous la compétence des cours civiles.

78. L'état du droit positif en Pologne semble clair. La convention d'arbitrage est exclue pour les matières soumises à la compétence exclusive de l'Office Polonais des

---

<sup>980</sup> En Allemagne, ce qui diffère dans une certaine mesure des droits polonais et français, existe une division des compétences dans le cas des litiges portant sur la validité du brevet et sur sa contrefaçon. La compétence pour la résolution des litiges de contrefaçon est attribuée aux tribunaux civils (comme en Pologne et en France). Cependant, dans les affaires portant sur la validité du brevet doit se prononcer en premier lieu l'Office Fédéral des Brevets (*Bundespatentamt*), et ensuite, le Tribunal des Brevets (*Bundespatentgericht*) en première instance et le *Bundesgerichtshof* en deuxième instance. La doctrine allemande attribue la compétence exclusive au Tribunal des Brevets, ce qui rend contraire à l'ordre public toute décision sur la validité du brevet, rendue par une autre autorité judiciaire (un tel litige est dès lors inarbitrable), cf. D. P. Simms, « Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany », *Arbitration International*, 1999, 15 (2), pp.193-197. L'auteur précise avec regret, que, malgré l'inspiration du droit allemand de l'arbitrage par le critère suisse de l'arbitrabilité, pendant la dernière réforme de 1997, un certain respect pour la compétence exclusive en tant qu'obstacle à l'arbitrabilité dans le domaine des brevets demeure. À cet égard M. Simms cite la version anglaise du Memorandum applicable à la réforme du droit allemand de l'arbitrage (*Bundestag-Drucksache* n° 13/5274, juillet 1996, p. 35 : « *It is a different matter if the legislator provides for special courts for particular disputes, such as claims for declaring void or revocation of a patent. Such proceedings affect rights, which have been granted by an act of (state) administration and thus cannot be disposed of by the participants by way of agreement. Such rights, therefore, should be decided by way of judicial decisions capable of establishing or altering a legal relationship (Gestaltungsurteile) having effect not only between the parties, but with respect to all* »).

<sup>981</sup> K. Celińska-Grzegorzczuk, *Postępowanie patentowe jako szczególne postępowanie administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2009, p. 2009.

<sup>982</sup> L'art. 6, paragraphe 2 de la loi sur la propriété industrielle.

<sup>983</sup> *Wojewódzki Sąd Administracyjny* (WSA), Varsovie.

Brevets<sup>984</sup>. Pourtant, tant le critère de l'appartenance de la matière à la voie du procès civile que le critère de la compétence exclusive semblent discutables dans le cadre de l'arbitrabilité. Comme argumente un auteur, le premier critère ne répond pas au caractère du procès arbitral, alors que des matières dotées de cet attribut ne constituent guère un groupe homogène<sup>985</sup>. Nous avons déjà démontré les incohérences du critère de l'appartenance du litige à la voie du procès civil<sup>986</sup>. Des doutes se posent pourtant quant à la compétence exclusive de l'Office Polonais des Brevets comme critère cohérent de l'inarbitrabilité des litiges. Comme nous avons observé dans le chapitre préliminaire, la compétence exclusive de la juridiction étatique n'est pas incluse dans le critère normatif polonais de l'arbitrabilité, mais elle se manifeste à travers des dispositions spéciales. Elle n'est pas, par conséquent, un critère autonome de l'arbitrabilité, mais concerne certaines branches du droit. De plus, la division des compétences, comme le soutenait à juste titre M. Jarroson<sup>987</sup>, peut avoir uniquement un but organisationnel, et dans ce sens, elle ne définit pas l'arbitrabilité des litiges. À cet égard, le droit polonais connaît plus de problèmes de nature pratique. En conséquence, les auteurs perçoivent négativement l'attribution des compétences dans le cas des litiges portant sur les brevets. Le dualisme qui prend la forme d'une division des compétences entre les juridictions étatiques et les organes de l'administration soulevait déjà des doutes sous l'état précédent du droit quant aux litiges concernant la contrefaçon du brevet. Ce n'est qu'actuellement que tous les litiges de ce type sont soumis à la procédure civile<sup>988</sup>. À titre d'exemple, à la lumière de loi précédente, de tels litiges était divisés en deux groupes – ceux visant à établir que ladite production ne fait pas l'objet de brevet, ce qui était soumis à la procédure contentieuse devant l'Office Polonais des Brevets et – les litiges portant sur la contrefaçon du brevet, soumis au juge de droit commun<sup>989</sup>. La compétence de l'organe administratif englobait

---

<sup>984</sup> R. Sikorski, « Zdatność arbitrażowa sporów z zakresu własności intelektualnej », *ADR*, 2009 (2), pp. 51 et s.; Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, p.111; R. Morek, *op. cit.*, p. 116.

<sup>985</sup> I. Bałos, *op. cit.*, p. 198.

<sup>986</sup> Cf. Chapitre préliminaire. En ce sens également I. Bałos, *op.cit.*, pp. 197 et s.

<sup>987</sup> V. *supra* Chapitre préliminaire, Section II.

<sup>988</sup> L'art. 284, point 6 de la loi sur la propriété industrielle.

<sup>989</sup> L'art. 114-I. al. 6 de la loi du 19 octobre 1972 sur les inventions (*Ustawa o wynalazczości*, Dz. U. de 1993 n° 26, pos. 117 avec les modifications). La loi n'est pas en vigueur actuellement.

dans ce cas uniquement l'hypothèse négative (l'établissement que la production en cause ne fait pas l'objet de brevet), alors que le champ de compétence de la cour concernait la contrefaçon du brevet en général et pourrait ensuite résulter en décision positive ou négative. La question se posait alors sur l'application des décisions de l'Office Polonais des Brevets dans le cadre de procédure de preuve pendant le procès devant la cour étatique et la nécessité de suspendre la procédure devant celle-ci avant la décision finale de l'organe de l'administration<sup>990</sup>. Les réponses à ces questions n'étant pas claires, le législateur a décidé de ne pas diviser la compétence quant à la procédure portant sur un même objet. Cela démontre que ni la division dualiste des compétences du régime normatif des brevets satisfait le besoin de clarté juridique, ni – par conséquent – que la compétence exclusive peut constituer un cadre cohérent pour déterminer l'arbitrabilité des litiges portant sur les brevets.

79. Certes, la nature administrative des litiges portant sur l'annulation des brevets en droit polonais, en ce que cette dernière est soumise à l'Office Polonais des Brevets, semble s'imposer d'une manière presque automatique, en bloquant l'arbitrabilité. Malgré les différences d'attribution de la compétence judiciaire en matière de brevets entre le droit polonais et allemand, le positionnement traditionnellement défavorable à l'arbitrage de ce dernier (mentionné *supra*), semble mieux illustrer la nature du premier. Tel est également l'avis de Mme Mantakou qui perçoit la compétence administrative exclusive en Allemagne comme une limite définitive posée à l'arbitrage, contrairement à son rôle en droit français<sup>991</sup>. Malgré l'avis critique susmentionné de la partie de la doctrine polonaise et de la jurisprudence quant à la cohérence du critère de la voie du procès civile et de la compétence exclusive<sup>992</sup>, celles-ci peuvent en effet paraître logiques au

---

<sup>990</sup> Cf. I. Bałos, *op. cit.*, pp. 240 et s., avec les références citées.

<sup>991</sup> A. P. Mantakou, « Arbitrability and Intellectual Property Disputes », In L. Mistelis, S. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, n° 3-13, pp. 268 et s.

<sup>992</sup> Les arrêts concernant la matière de propriété intellectuelle dans le sens général, notamment applicables aux modèles industriels et aux marques communautaires ont été analysés par M<sup>me</sup> Bałos dans son ouvrage, v. I. Bałos, *op. cit.*, pp. 80 et s. Dans ce contexte, cet auteur cite la jurisprudence du Tribunal régional de Varsovie : SO Warszawa, 30 juillet 2010, XXII GWzt 15/10, *Collection de jurisprudence de XXII Wydziału Wspólnotowych Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych w Warszawie*; SO Warszawa, 20 septembre 2010, XXII GWzt 17/10, *Collection de jurisprudence de XXII Wydziału Wspólnotowych Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych w Warszawie*; SA Warszawa, 1 avril 2011, I ACa 1087/10, *Apel.-W-wa* 2011/4/34. Selon cette jurisprudence, les articles 95 et 96 du règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (actuellement remplacé par le règlement n° 2017/1001) ne crée pas d'obstacle à l'arbitrabilité du litige, même si les

moins dans le sens du modèle de l'analyse de la brevetabilité. En droit polonais, cette dernière étant soumise au contrôle du fond de l'Office des Brevets et résultant dans la formulation de l'acte constitutif confirmant le droit au brevet, la voie de sa contestation est donc attribuée au même organe. Cela n'étant pas le cas, comme nous allons le voir ci-dessous, en droit français, la neutralisation du critère de la compétence exclusive dans ce dernier système semble plus facile.

80. Selon nous, il conviendrait de relativiser le problème en droit polonais. Bien que dans un sens général, la compétence exclusive ne puisse pas être traitée comme un obstacle définitif à l'arbitrabilité du litige, elle en est pourtant un quant aux litiges portant directement sur la validité des brevets. À cet égard, puisque le législateur polonais a décidé que l'existence et l'annulation du droit au brevet dépendait de l'organe administratif, le critère de la compétence exclusive semble plus convaincant que celui de « voie du procès civil »<sup>993</sup>, la *ratio legis* de ce dernier étant plutôt strictement « organisationnelle », répartissant les compétences entre les juridictions de droit commun et des institutions administratives. Le droit découlant du brevet n'est dès lors pas disponible, et par conséquent il n'est pas arbitrable<sup>994</sup>. Par contre, si l'argument d'invalidité du brevet est soulevé par l'une des parties du contrat principal comme moyen de défense contre une allégation de contrefaçon ou dans le cas de non-exécution d'un contrat de licence, on peut se poser la question de savoir si l'arbitre, à l'occasion de ces doutes de nature essentiellement contractuelle, se prononce vraiment sur la

---

États membres sont obligés de désigner les juridictions nationales en tant que juridictions de première instance, exerçant la compétence exclusive dans la matière de marque communautaire à défaut d'indication expresse du législateur européen. La matière des brevets n'a pas encore fait l'objet de décisions similaires. Cependant, la ressemblance entre les deux matières devrait conduire à suivre le même raisonnement *per analogiam*.

<sup>993</sup> V. *supra* Chapitre préliminaire, Section II.

<sup>994</sup> M<sup>me</sup> Bałos ajoute à cette liste un autre argument, selon lequel, le litige portant sur la validité du brevet n'est pas arbitrable puisqu'il ne porte pas en effet sur le droit, mais sur le fait. « *Le fait est tel, que jusqu'à l'annulation du brevet par l'Office Polonais des Brevets, le brevet est valide* », v. I. Bałos, *op. cit.*, p. 264 (*traduction libre*). Nous ne partageons pas entièrement cet argument. Certes, l'arbitrage ne peut pas porter sur les faits, mais le brevet constitue un droit, v. p. ex. M. Tomaszewski, « *Umowa o arbitraż. Podstawowe problemy prawne* », PUG 1994 (1), p. 14. Le fait juridique est par contre un événement impliquant des conséquences juridiques qui n'ont pas été recherchées par les sujets de droit. Le droit au brevet, bien que créé, en droit polonais, par l'acte constitutif de l'organe administratif, contient pourtant un élément de volonté ; il est précédé par une demande de dépôt de brevet. De plus, l'annulation du brevet a un effet *ex tunc*, ce qui implique en pratique la non-existence du droit.

validité des brevets. L'adoption d'un positionnement contraire relatif à l'analyse du problème discuté à titre subsidiaire et le fait que, eu égard à la spécificité du domaine exigeant l'expertise technique des organes tranchant des litiges, les auteurs polonais suggèrent par conséquent la création des juridictions spécialisées<sup>995</sup>, ouvrirait la porte à l'arbitrage, ce que nous allons discuter dans le paragraphe suivant.

81. Il convient d'observer que la dernière réforme du plCPC de 2019, mentionné ci-dessus à plusieurs reprises, prévoit, dans sa partie entrant en vigueur en 2020, une modification significative du régime procédural du domaine de droit de la propriété intellectuelle. Conformément aux postulats déjà existant dans la doctrine polonaise, de nouvelles juridictions spécialisées seront dès lors compétentes pour connaître d'une grande partie des litiges portant notamment sur les marques. S'agissant des brevets, une nouvelle procédure visant à établir les violations de ceux-ci sera introduite. L'appréciation de la portée de ladite réforme dépasse les objectifs de la présente étude.

## **2. En droit français**

82. Le domaine des brevets est réglementé en droit français par la Loi du 13 juillet 1978<sup>996</sup> et dans le Code de la propriété intellectuelle. La compétence exclusive des tribunaux de grande instance, quant aux demandes relatives aux brevets d'inventions, est expressément concernée par l'art. L 615-17 du CPI<sup>997</sup>, précisé par l'art. D 211-6 du Code de l'organisation judiciaire<sup>998</sup>. L'état actuel du droit résulte de plusieurs

---

<sup>995</sup> M. du Vall, *Analiza aspektów gospodarczych i warunków, prawno-organizacyjnych oraz społecznych w zakresie rozwiązań dotyczących utworzenia sądu własności przemysłowej*. Le Rapport effectué à l'initiative du Ministère de l'Economie, Kraków 2007.

<sup>996</sup> Loi n°78-742 du 13 juillet 1978 modifiant et complétant la loi n° 68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, *JO* du 14 juillet 1978.

<sup>997</sup> Selon l'art. L. 615-17 du CPI « [l]es action civiles et les demandes relatives aux brevets d'invention, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de Grande Instance, déterminés par voie réglementaire, à l'exception des recours formés contre les actes administratifs du ministre chargé de la propriété industrielle qui relèvent de la juridiction administrative. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil (...) ».

<sup>998</sup> Code de l'organisation judiciaire du 16 mars 1978, *JO* du 18 mars 1978.

réformes<sup>999</sup>. Depuis 2009, la compétence exclusive dans le domaine des litiges concernant les brevets d'invention dans les cas et conditions prévus par le Code de la propriété intellectuelle est accordée au tribunal de grande instance de Paris. Les matières litigieuses portant sur l'exploitation des brevets, dont la base est un contrat de droit privé, relèvent, par conséquent, de la compétence des juridictions de droit commun, selon des règles générales.

83. Quant aux titres de propriété industrielle, le brevet est délivré par l'établissement public – l'Institut National de la Propriété Intellectuelle<sup>1000</sup>, dont la compétence, contrairement au droit polonais, ne s'étend pas à l'invalidation du titre, l'évaluation des conditions de brevetabilité portant sur les aspects formels et la décision finale de délivrance du titre ayant un caractère déclaratif<sup>1001</sup>. Cependant, selon l'art. 613-25 du CPI, la nullité des brevets peut être déclarée par une décision de justice, « *ce qui paraît viser les seules décisions étatiques* »<sup>1002</sup>. Il en ressort alors que, d'un côté, la compétence de l'organe administratif français – l'équivalent de l'Office Polonais des Brevets, est plus restreinte qu'en Pologne. Le monopole auquel prétend l'État portant sur la délivrance et le retrait du titre s'exprime de manière peu cohérente. D'un autre côté, depuis 1978, la nature exclusive attribuée à la compétence des tribunaux étatiques ne fait plus obstacle au recours à l'arbitrage dans le domaine des brevets, ce qui a été expressément prévu par le législateur dans l'art. L 615-17 du CPI *in fine* et confirmée dans la littérature relative

---

<sup>999</sup> Le décret n°2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises, NOR: JUSB0510760D avec l'Annexe Tableau IV sexties V, JO n° 304 du 31 décembre 2005, texte n° 120, portant sur le siège et le ressort des tribunaux compétents pour connaître des actions en matière de brevets d'invention, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs. Selon le Décret n° 2009-1205 du 9 octobre 2009 fixant le siège et le ressort des juridictions en matière de propriété intellectuelle (JO n° 0236 du 11 octobre 2009), l'art. D. 211-6 du Code de l'organisation judiciaire est remplacé par les dispositions suivantes : « [l]e tribunal de grande instance ayant compétence exclusive pour connaître des actions en matière de brevets d'invention, de certificats d'utilité, de certificats complémentaires de protection et de topographies de produits semi-conducteurs, dans les cas et conditions prévus par le code de la propriété intellectuelle, est celui de Paris. »

<sup>1000</sup> Ci-après l'INPI. Conformément à l'art. 411-1 du CPI *ab initio* « [L]'Institut national de la propriété industrielle est un établissement public doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière, placé auprès du ministre chargé de la propriété industrielle ».

<sup>1001</sup> Selon l'art. L411-4 du CPI, la compétence du directeur de l'INPI n'est pas soumise à l'autorité de tutelle. Les cours d'appel désignées connaissent par contre des recours formés contre leurs décisions, en matière de délivrance, de rejet ou de maintien des titres de propriété industrielle.

<sup>1002</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 138, p. 156.

à ce sujet<sup>1003</sup>. Parmi des litiges arbitrables se trouvent dès lors ceux portant notamment sur l'exécution et l'interprétation d'un contrat relatif à son exploitation ainsi que ceux concernant la titularité du brevet<sup>1004</sup>. Cette ouverture à l'arbitrage n'englobe-t-elle pas l'annulation du brevet, ce qui semble découler de l'art. 613-25 du CPI mentionné ci-dessus ? Suivant la position de la doctrine française, postulant le caractère généralement inadapté d'un tel litige à l'arbitrage, il conviendrait de décider s'il s'agit ici d'une simple organisation interne de l'ordre juridictionnel ou davantage d'une règle d'ordre public. C'est uniquement cette dernière qui pourrait constituer selon nous la *ratio legis* de l'art. 613-25 du CPI<sup>1005</sup>.

84. Outre l'intérêt relativement faible de l'État, dès l'étape de la vérification des conditions de brevetabilité, il y a en effet d'autres arguments jouant contre la thèse relative à l'ordre public. Nous avons déjà discuté de la neutralisation jurisprudentielle de l'ordre public comme obstacle à l'arbitrabilité des litiges dans un sens général<sup>1006</sup>. Selon un auteur, les droits en question paraissent même disponibles, leur appartenance au groupe des litiges non arbitrables ne se laisse pas facilement expliquer<sup>1007</sup>. Même si Mme Mantakou se sert d'un raccourci en se référant davantage aux litiges de base contractuelle, qui, tant en France qu'en droit comparé sont largement arbitrables comme ceux portant sur l'exploitation des brevets<sup>1008</sup>, les doutes concernant l'automatisme de reconnaissance des droits en question comme inarbitrables,

---

<sup>1003</sup> En ce sens, p. ex., A. Chiariny-Daudet, *Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention*, Litec, Paris 2006, p. 303 ; P. Véron, *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Conférence donnée le 2 février 1994 devant le Groupe Rhône Alpes de Propriété Industrielle (GRAPI) Lamy, Véron, Ribeyre & Associés, Lyon/Paris 1994, p. 14, disponible en ligne : [https://www.veron.com/veron/publications/Colloques/Arbitrage\\_et\\_propriete\\_intellectuelle\\_pdf\\_texte.pdf](https://www.veron.com/veron/publications/Colloques/Arbitrage_et_propriete_intellectuelle_pdf_texte.pdf).

<sup>1004</sup> CA Paris, 24 mars 1994, *Deko*, *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note Jarrosson, *D.* 1996, sommaire, p. 21, obs. Mousseron et Schmidt-Szalewski.

<sup>1005</sup> V. *supra* Chapitre préliminaire.

<sup>1006</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I et Titre II.

<sup>1007</sup> A. P. Mantakou, *op. cit.*, p. 267; l'auteur se réfère au droit grec et à celui d'autres pays: « (...) *disputes concerning the granting or loss of patents cannot be brought to arbitration, despite the fact that in Greece, as well as in almost all countries, all intellectual property rights may be freely disposed of by the owner. It is difficult to see the exact legal basis upon which this type of dispute is considered non-arbitrable. It seems that the fact that these rights are acquired by means of a state authority's act classifies them automatically in the sphere of public policy, which in some jurisdictions constitutes per se a bar to arbitrability* ».

<sup>1008</sup> Affaire *Deko*, *préc.*



demeurent. Ensuite, la souveraineté d'attribution d'un titre par l'État ne signifie pas que c'est ce dernier qui est exclusivement compétent pour l'éteindre. Cette thèse peut découler du caractère disponible susmentionné des droits et c'est dans ce sens que M. Mantakou soulève son argument à juste titre. Si le titulaire d'un titre de propriété industrielle a le droit de renoncer à son titre, puisqu'il peut conclure un contrat de cession de brevet, ce qui est également le cas en droit français, il devrait également disposer de la possibilité de modifier ce droit. Quel serait alors l'obstacle contre sa soumission à l'arbitrage ? En effet, le but de la société d'octroyer un droit exclusif à l'inventeur repose sur l'encouragement au progrès technologique par la diffusion de son résultat. Une telle exclusivité est ainsi perçue comme un mal nécessaire et le prix du développement. À cet égard, l'art. L. 613-27 du CPI prévoit que « *la décision d'annulation d'un brevet d'invention a un effet absolu sous réserve de la tierce opposition* ». Si, par conséquent, le caractère privé de l'arbitrage impliquant le manque d'effet *erga omnes* de la décision de retrait du droit de l'exclusivité indument octroyée, la thèse relative à l'ordre public protégeant l'intérêt général par l'attribution en l'espèce de la compétence exclusive à la justice étatique ne pourra pas être contournée.

## ***Paragraphe 2. En droit de l'arbitrage international***

85. L'exploitation des biens de propriété intellectuelle s'effectue à l'échelle internationale<sup>1009</sup>. En droit international privé, l'engagement de différents droits applicables n'exclut pas la soumission des atteintes à de tels biens à la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée<sup>1010</sup>. Pour éviter l'éclatement de la compétence judiciaire et les coûts additionnels du procès, la nécessité de concentrer le litige devant le même tribunal s'impose<sup>1011</sup>. Cette question est traditionnellement concernée par le protocole annexé à la Convention sur le brevet européen de 1973, révisée en 2000<sup>1012</sup>,

---

<sup>1009</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 177, p. 382.

<sup>1010</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>1011</sup> En ce sens, *ibid.*, p. 383.

<sup>1012</sup> Conformément à la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 (dite Convention sur le brevet européen, CBE, « Convention de Munich »), instituant le « brevet européen » et l'Organisation européenne des brevets (l'Office européen des brevets et le conseil administratif), signée entre autres par tous les pays membres de l'UE, le dépôt des demandes de brevets européens s'effectue auprès de l'Office européen des brevets ou des services administrant la propriété industrielle dans un État contractant. La décision sur la délivrance relève de la compétence de l'Office mentionné

la Convention de Lugano de 1988<sup>1013</sup>, révisée en 2007<sup>1014</sup>, la Convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de for<sup>1015</sup> et – à l'échelle communautaire – le règlement de Bruxelles I, remplacé par le règlement de Bruxelles I bis et la Convention sur le brevet communautaire de 1975<sup>1016</sup>, remplacée par l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet de 2013, qui n'est pas encore entré en vigueur<sup>1017</sup> (A). Malgré l'exclusion de l'arbitrage du champ d'application de ces actes, la problématique générale relative à la compétence judiciaire en matière de propriété intellectuelle constitue à notre avis également un cadre d'analyse de l'arbitrage international dans ce domaine. Il s'agit surtout de « *tension entre les principes de l'universalité et celui de la territorialité* »<sup>1018</sup>, ainsi que de la justification seulement présumée dans le cas de l'immunité des actes rendus par un État, eu égard à son intérêt public, devant les tribunaux d'autres États ou d'autres établissements *lato sensu*, les tribunaux d'arbitrage inclus (B).

#### A. La coïncidence du *forum* et de la *lex*

86. Tous les actes mentionnés ci-dessus déterminent en général la compétence judiciaire en matière de propriété intellectuelle, indépendamment des facteurs indiquant la loi applicable. Notamment, comme le souligne M. Moura Vicente, il n'existe pas un parallélisme entre la loi applicable et le tribunal compétent en matière de propriété

---

ci-dessus, le brevet étant publié au Bulletin européen des brevets. Le brevet européen accorde les mêmes droits à son titulaire qu'un brevet national délivré par l'organe compétent d'un pays contractant. Sa contrefaçon est appréciée selon la législation nationale.

<sup>1013</sup> JOCE, n° L319 du 25 novembre 1988.

<sup>1014</sup> JOUE, n° L339 du 21 décembre 2007.

<sup>1015</sup> Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015.

<sup>1016</sup> JOCE, n° L17 du 26 janvier 1976, signée à Luxembourg, jamais entrée en vigueur, ratifiée seulement par sept États membres de l'UE.

<sup>1017</sup> JOUE, C 175 du 20 juin 2013, pp. 1–40. L'accord signé le 19 février 2013 à Bruxelles par 25 États membres. L'adhésion à l'accord est autorisée à tous les États membres de l'Union européenne, ce qui n'est pas le cas des autres parties à la Convention européenne sur les brevets. Contrairement à la Bulgarie qui a signé l'accord susmentionné en mars 2013, la Pologne, ayant le statut de participant au brevet européen, a pris la décision d'observation préalable du fonctionnement du système de brevet avant son adhésion éventuelle.

<sup>1018</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 177, p. 383.

intellectuelle, comme c'est indiqué par l'art. 25 du règlement Bruxelles I bis<sup>1019</sup>. Tandis que les parties peuvent choisir le tribunal compétent, les actions sont généralement portées devant le tribunal de l'État membre dans lequel le défendeur est domicilié<sup>1020</sup>. Ce principe d'universalité du règlement de Bruxelles I bis et de la Convention de Lugano est cependant limité dans le cas de la propriété industrielle, le principe de la territorialité de la compétence judiciaire exclusive étant instauré pour les matières énumérées par l'art. 24, point 4, de ce règlement<sup>1021</sup>. De même, pour les brevets européens, pour lesquels uniquement les tribunaux des États membres sont compétents en ce qui concerne des litiges visant à faire valoir les droits liés à ceux-ci, sans préjudice de la compétence de l'Office européen des brevets<sup>1022</sup>.

87. Dans le cas des brevets nationaux, ce modèle représente la souveraineté nationale et résulte d'un meilleur ajustement des tribunaux de l'État de dépôt ou d'enregistrement aux décisions portant sur, entre autres, la validité du brevet<sup>1023</sup>. Comme le souligne toutefois M. Moura Vicente au sujet de la doctrine anglo-saxonne de l'*act of State* relative à l'attribution d'un droit privatif de propriété industrielle, « *le fait que des intérêts publics de l'État d'où émane l'acte en question sont en jeu ne justifie pas, à lui seul, l'immunité de ces actes devant les tribunaux d'autres États, étant donné la nécessité de protéger aussi les intérêts privés qui sont affectés par ces actes* »<sup>1024</sup>. C'est notamment le cas de la validité du brevet, soulevée à titre incident afin de faire valoir

---

<sup>1019</sup> *Ibid.*, n° 179, p. 390.

<sup>1020</sup> Cf. l'art. 4, paragraphe 1, et l'art. 23 du règlement de Bruxelles I bis.

<sup>1021</sup> L'art. 24, point 4, du règlement Bruxelles I bis : « *Sont seules compétentes les juridictions ci-après d'un État membre, sans considération de domicile des parties: (...) en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, que la question soit soulevée par voie d'action ou d'exception, les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'un instrument de l'Union ou d'une convention internationale. Sans préjudice de la compétence reconnue à l'Office européen des brevets par la convention sur la délivrance des brevets européens, signée à Munich le 5 octobre 1973, les juridictions de chaque État membre sont seules compétentes en matière d'inscription ou de validité d'un brevet européen délivré pour cet État membre* ».

<sup>1022</sup> Exemples empruntés à M. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, p. 393 et s.

<sup>1023</sup> Cf. CJCE, 15 novembre 1983, *Duijnsteet*, C-288/82, Rec. 1983 p. 3663, *Jur.*, p. 3663, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 361, note Bonet ; *NJ*, 1984, p. 695, note Schultsz.

<sup>1024</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n°180, p. 395.

le droit de son titulaire par rapport aux tiers<sup>1025</sup>. Or, la question de la validité des droits de propriété intellectuelle soumis au dépôt ou à l'enregistrement peut être tranchée par tout tribunal compétent selon la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, à l'exception de la décision rendue en dehors du pays où le droit est déposé ou enregistré, son effet sur la validité de ce titre étant seulement *inter partes*. Une telle solution du problème de reconnaissance transfrontalière des décisions étrangères semble répondre à l'économie procédurale internationale puisqu'elle accorde au demandeur le choix entre l'assignation de celui qui a porté atteinte à son droit dans le pays de dépôt ou d'enregistrement, ainsi que devant le tribunal du domicile de défendeur, sans nuire aux intérêts du premier et sans aggraver la situation du deuxième<sup>1026</sup>.

## B. L'impact du *forum protectionis*

88. L'exclusion générale de l'arbitrage du champ d'application du règlement de Bruxelles I bis n'est pas à l'origine de l'inarbitrabilité des litiges portant sur la validité des brevets à l'échelle internationale. C'est la compétence exclusive en faveur du *forum protectionis*, concernée par l'art. 22 al. 4 de ce règlement qui, en écartant un accord d'élection, constitue une interdiction indirecte à la convention d'arbitrage<sup>1027</sup>. L'art. 35 de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet ne représente aucune évolution dans ce domaine<sup>1028</sup>. Comme le soutient à juste titre M. Moura Vicente, « *la*

---

<sup>1025</sup> Même si la question de la validité et la contrefaçon des droits de propriété intellectuelle, autres que les droits d'auteur et les droits voisins, est exclue du champ d'application de la Convention de La Haye du 30 juin 2005, son art. 2, paragraphe 3 prévoit : « *Nonobstant le paragraphe 2, un litige n'est pas exclu du champ d'application de la présente Convention lorsqu'une matière exclue en vertu de ce paragraphe est soulevée seulement à titre préalable et non comme un objet du litige. En particulier, le seul fait qu'une matière exclue en vertu du paragraphe 2 est soulevée à titre de défense n'exclut pas le litige du champ d'application de la Convention, si cette matière n'est pas un objet du litige* ».

<sup>1026</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 189, p. 421.

<sup>1027</sup> *Ibid*, n° 206, pp. 453 et s.

<sup>1028</sup> L'art. 35 de l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet prévoit que « *un brevet ne peut pas être annulé ou limité dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'arbitrage* ». La proposition précédente du Conseil du 1<sup>er</sup> août 2000 sur le brevet communautaire prévoyait également que le brevet en question ne pouvait pas être déclaré nul ou invalidé dans une procédure d'arbitrage.

*territorialité des droits intellectuels se projette négativement sur l'arbitrabilité des litiges concernant leur validité »*<sup>1029</sup>.

89. Dans le contexte de la compétence exclusive prévue par l'accord communautaire susmentionné, ainsi qu'à la lumière des analyses que nous allons effectuer dans la section suivante concernant l'admissibilité de l'arbitrabilité de la validité des brevets soulevée à titre incident, la question se pose sur la mesure de l'impact du *forum protectionis* sur la soumission de tels litiges à l'arbitrage. La jurisprudence de la CJCE *GAT* du 13 juillet 2006<sup>1030</sup> semble répondre négativement quant à la détermination de la responsabilité résultant de l'inexécution d'un contrat de licence ou d'une violation d'un droit intellectuel<sup>1031</sup>. Dans cette affaire la Cour européenne s'est prononcée contre une solution qu'un tribunal d'un État membre, autre que celui du dépôt ou de l'enregistrement du brevet, détermine la validité de celui-ci, même dans le cas où ce moyen serait soulevé par le défendeur par voie d'exception pour trancher une question préalable. Toutefois, le fait que les droits sont attribués par l'État justifie-t-il l'exclusion de l'arbitrabilité la question de la validité d'un titre, posée à titre préalable, même si la décision produit des effets uniquement entre les parties ? Il semble que tant en matière de détermination du tribunal compétent que de l'admissibilité en arbitrage des litiges portant sur la validité des brevets, l'économie procédurale favorise une

---

<sup>1029</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 206, p. 454.

<sup>1030</sup> CJCE, 13 juillet 2006, *GAT*, C-4/03, Rec. 2006 p. I-6509; *Europe* 2006 (299), p. 28, note Idot; cf. aussi CJCE, 13 juillet 2006, *Roche Nederland e.a.*, C-539/03, Rec. 2006 p. I-6535; *Europe* 2006 (299), p. 28, note Idot. En l'espèce, une société siégée en Allemagne porte une demande devant un tribunal allemand contre une société concurrente dont le siège est également en Allemagne et qui a reproché à la requérante la contrefaçon des brevets français dont la défenderesse est titulaire, du fait de la commercialisation en Allemagne, par la requérante, d'un certain type d'amortisseurs pour voitures. La première société demande que le tribunal admette que la contrefaçon n'a pas eu lieu, puisque les amortisseurs susmentionnés ne violent pas les brevets en question et que ceux-ci ne sont pas valables. Après s'être déclarée compétent dans la matière, la cour allemande déclare la demande non fondée et se prononce favorablement aux conditions de brevetabilité des titres contestés. La requérante interjette appel et remet en question la compétence du tribunal allemand eu égard à la compétence exclusive des cours françaises dans la matière litigieuse. Selon la partie défenderesse, la compétence exclusive ne concerne pas les litiges où la question de la validité n'est soulevée qu'à titre incident, comme c'était le cas dans le litige en question.

<sup>1031</sup> Cette jurisprudence a été analysée par D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, pp. 459 et s.

interprétation restrictive du régime de compétence exclusive au plan international<sup>1032</sup>. Non sans raison, la doctrine était défavorable à l'orientation jurisprudentielle visant à négliger le risque d'éclatement de la compétence juridictionnelle des cours nationales, l'augmentation des coûts du procès et le déclin de la cohérence des décisions<sup>1033</sup>. Comme le soulève justement un auteur en analysant la décision *GAT*, même lorsque la question de la validité d'un titre est abordée à titre d'exception, le titulaire de brevets parallèles sur la même invention, serait obligé de participer aux procès devant les cours de tous les pays pour lesquels les brevets, qui ont subi une atteinte, ont été délivrés<sup>1034</sup>. Une solution plus modérée, selon laquelle la compétence exclusive concernerait uniquement les litiges où la validité des droits de propriété industrielle est soulevée à titre principal, faciliterait la concentration de toutes les actions concernant la violation devant le même tribunal<sup>1035</sup>.

---

<sup>1032</sup> Cf. également l'analyse de l'arrêt *Roche Nederland*, préc. In D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 185, pp. 409 et s.

<sup>1033</sup> Cf. p. ex.: M. Wilderspin, « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. critique du droit international privé*, 2006 (95), p. 777.

<sup>1034</sup> D. Moura Vicente, *La propriété intellectuelle (...), op. cit.*, n° 186, p. 411.

<sup>1035</sup> La solution soutenue par D. Moura Vicente, *ibid*, p. 412. L'auteur s'appuie sur l'arrêt *Duijnstee*, préc., qui propose l'interprétation restrictive de la disposition analogue de la Convention de Bruxelles de 1968 (l'art. 16, paragraphe 4).

## SECTION II. L'ARBITRABILITÉ ÉTENDUE À L'ÉPREUVE DE L'EFFET *INTER PARTES*

90. Il semble que la contradiction entre l'effet absolu des décisions d'annulation d'un brevet et l'effet relatif des décisions arbitrales peut être surmontée sans approfondir le conflit entre la non-affectation du droit de propriété et l'extension des effets de la sentence arbitrale aux tiers non parties à la convention d'arbitrage. Le problème étant partiellement résolu par la jurisprudence française (**Paragraphe 1**), l'arbitrabilité des litiges en question reçoit la pleine reconnaissance dans la doctrine et les textes législatifs du droit suisse et belge (**Paragraphe 2**).

### *Paragraphe 1. Les solutions jurisprudentielles partielles en droit français*

91. Comme indiqué dans un passage antérieur, la soumission de la validité des brevets à la juridiction du tribunal de grande instance de Paris est ainsi comprise que c'est au juge judiciaire de constater si le brevet français cesse de produire ses effets « en totalité ou en partie » et de se prononcer sur la nullité et la déchéance partielle ou totale d'un brevet<sup>1036</sup>. Pourtant, quelques exceptions concernant les différends contractuels ont récemment été admises dans les arrêts *Liv Hidravlika* de 2008 (**A**) et *Victocor Technologies* de 2013 (**B**).

#### **A. La jurisprudence *Liv Hidravlika***

92. En l'espèce, un accord de distribution et un contrat de licence (un contrat de commercialisation et un contrat de spécification) ont été conclus entre la société française *Diebolt* et la société slovène *Liv Hidravlika*<sup>1037</sup>. La société slovène était dès lors autorisée à utiliser le titre de propriété industrielle. Les deux contrats étant dotés des clauses d'arbitrage de la CCI, la société *Diebolt* a soumis le litige au tribunal arbitral à Paris après avoir fait grief au licencié d'avoir exploité le brevet au-delà du contrat. La société slovène soutenait que le brevet étant nul, les obligations qu'il

---

<sup>1036</sup> L'art. L. 615-17 al. 3 du CPI.

<sup>1037</sup> CA Paris, 28 février 2008, *Liv Hidravlika c. Diebolt*, *Jurisdata* n°3590055, *JCP éd. Générale* 2008, I, 164, n° 8, obs. Béguin.

imposait ne liaient plus les contractants. L'incompétence du tribunal arbitral, vu l'inarbitrabilité des matières concernant la validité des brevets, a également été soulevée par la partie slovène. Pourtant, le tribunal arbitral s'est considéré compétent pour trancher le litige et a reconnu la validité du titre, en condamnant la société slovène au paiement d'une indemnité. Cette dernière a formé un recours en annulation au motif de l'incompétence du tribunal arbitral. La cour d'appel, en se prononçant sur l'arbitrabilité des litiges concernant les contrats d'exploitation des brevets, a accordé aux arbitres la possibilité de juger la validité des brevets sous certaines conditions – la nullité du brevet doit être soulevée comme un moyen de défense ou dans une demande reconventionnelle<sup>1038</sup>.

93. Par la jurisprudence *Liv Hidravlika*, la cour d'appel a pour la première fois donné raison à l'arbitre qui a décidé de se prononcer sur la validité du brevet, abordée de manière incidente dans le cadre d'un litige contractuel. La relativité de la décision arbitrale empêchait pourtant, d'après la cour, qu'un tel arrêt soit revêtu de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, cette position juridictionnelle ne couvre pas toutes les hypothèses. *Quid* notamment d'une personne tierce à la procédure arbitrale entre un licencié et un titulaire du brevet, menant, à titre incident, à l'annulation de ce dernier ? En ce qui concerne un autre licencié, il serait obligé de payer des redevances, le brevet restant valide *erga omnes*, et se trouverait dans une situation défavorable par rapport au licencié - partie à l'arbitrage. Pour ce qui est des autres personnes, potentiellement intéressées par un libre exercice dans le domaine couvert par le brevet, elles ne seront même pas conscientes des doutes concernant son statut. En cas d'une atteinte involontaire au droit de propriété industrielle, elles seront traitées en tant que contrefacteurs, alors que cela ne serait jamais le cas des parties à l'arbitrage. D'ailleurs, la décision de l'arbitre confirmant la validité du brevet ne poserait les problèmes susmentionnés, ce qui emporte un risque d'insécurité juridique, non seulement quant

---

<sup>1038</sup> Cf. la jurisprudence antérieure : CA Paris 24 mars 1994, *Deko*, *préc.*; CCI, aff. n° 6709, *Bull. CCI* 1994, p. 69; CA Paris, 31 octobre 2001, *Propriété intellectuelle* 2002 (20), note Raynard. En l'espèce (affaire *Deko*), l'une des parties a demandé l'annulation du brevet devant le juge ce qui a été suivi par le procès arbitral concernant le contrat de licence portant sur le même titre. La cour d'appel saisie ensuite a confirmé de manière générale l'inarbitrabilité des litiges concernant la validité des brevets et l'arbitrabilité de ceux portant sur l'exécution du contrat et l'utilisation du brevet. Elle a également constaté que l'arbitre n'est pas obligé de suspendre la procédure si son objet diffère de celui de la procédure devant le juge, comme c'était, selon la cour, également le cas en l'espèce.



aux conflits entre les sentences rendues par un juge et un arbitre, mais également quant à l'inégalité de différentes sentences arbitrales<sup>1039</sup>.

## B. La jurisprudence *Victocor Technologies*

94. La même logique a ensuite été reprise par la Cour de cassation qui, par la décision *Victocor Technologies* a reconnu une compétence élargie de l'arbitre<sup>1040</sup>. En l'espèce, la société belge *Victocor* a signé un accord de confidentialité avec la société allemande *Benteler* en 2004 afin de protéger des informations privilégiées et les droits de propriété industrielle. Toutefois *Benteler* a déposé une demande des brevets en Allemagne, en France et aux États-Unis, ce qui a été jugé par *Victocor* comme une violation de l'accord de confidentialité dans le cadre de la coopération industrielle établie entre les sociétés. Les procédures arbitrales ont été initiées par *Victocor*. Le tribunal arbitral siégeant à Paris a rejeté la demande de compensation financière pour *Victocor* à défaut d'avoir démontré l'existence d'un préjudice. La cour d'appel de Paris, saisie par *Victocor*, a jugé que les arbitres, en ne se prononçant pas sur la validité des brevets de *Benteler* à titre principal, n'ont pas méconnu l'ordre public international. L'argument soutenu par *Victocor*, basé sur la violation de l'ordre public et sur la compétence exclusive des offices nationaux et des juridictions étatiques dans la matière des brevets, a donc été rejeté. La Cour de cassation a ensuite rejeté le pourvoi formé par la société belge, en statuant que le tribunal arbitral n'a méconnu ni sa mission, ni le principe de contradiction, ni l'ordre public international.
95. Dans l'arrêt *Victocor Technologies* la Cour de cassation, en se prononçant sur l'effet seulement *inter partes* de la décision du tribunal arbitral, a confirmé à cet égard l'arbitrabilité des litiges portant sur la validité d'un brevet. Dès lors, le risque des manœuvres procédurales dilatoires est partiellement éloigné, étant donné que la nullité du brevet, ou son inopposabilité, soulevée devant le juge par la partie potentielle à l'arbitrage signifie en même temps que l'arbitre est incompétent, ce qui, présenté

---

<sup>1039</sup> L. Sokołowska, « La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé », *IPP TBSP UJ*, 2018 (1), p. 57.

<sup>1040</sup> Cass 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2013, *JCP* 2013, *Doctr.* 784 § 3, obs. Seraglini; *Cah. arb.*, 2014 (1), p. 73, comm. Léger.

comme moyen de défense, bloque le recours à celui-ci en pratique, puisqu'une décision judiciaire sur la validité du brevet doit être rendue préalablement<sup>1041</sup>. Eu égard cependant au fait que la doctrine ne précise pas les conditions d'accès à l'arbitrage portant sur la nullité du brevet à titre principal, une partie souhaitant soumettre un tel différend à l'arbitrage risque de ne pas pouvoir sortir du cercle vicieux des obstacles matériels et procéduraux. Ainsi, non sans raison, les juristes français voient une telle évolution de la jurisprudence comme demeurant inachevée<sup>1042</sup>.

96. Il resterait ensuite à savoir si les conclusions adoptées par les arrêts susmentionnés peuvent être appliquées aux litiges en contrefaçon de brevet<sup>1043</sup>, le caractère délictuel des litiges étant bien arbitrable à la lumière notamment du régime de la convention d'arbitrage, adopté par la Convention de New York<sup>1044</sup>. Le fait que le législateur français prévoit dans ce cas la compétence exclusive du tribunal de grande instance n'est pas non plus un obstacle définitif à l'arbitrabilité<sup>1045</sup>, le moyen soulevé en défense qui serait tiré de la nullité du brevet ou de son inopposabilité empêche cependant le recours éventuel à l'arbitrage en pratique, un compromis étant difficilement envisageable. Aussi longtemps que la jurisprudence n'aura pas pris de position claire sur l'arbitrabilité des litiges relatifs aux brevets, en ce compris le contentieux de leur validité, une partie souhaitant soumettre un tel différend à l'arbitrage risque de ne pas pouvoir sortir du cercle vicieux des obstacles tant matériels que procéduraux, concernant le recours à l'arbitrage.

---

<sup>1041</sup> Cf. J-Ch. Tristant, Ch. De Raignac, « Brevet et arbitrage. Fin d'une controverse ? L'arbitrabilité des brevets : une évolution inachevée », In A. Pezard (éd.), *Arbitrage et propriété intellectuelle, La lettre de l'AFA*, n° 17, septembre 2015.

<sup>1042</sup> L. Sokołowska, « La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé », *op. cit.*, p. 57.

<sup>1043</sup> L'action civile en contrefaçon, réglementée par l'art. L. 615-17 du CPI.

<sup>1044</sup> L'art. 2 II (1) de la Convention de New York prévoit la reconnaissance de la convention d'arbitrage dans le cas des rapports de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, susceptibles d'être réglé par voie d'arbitrage.

<sup>1045</sup> M. Vivant, « Recherche litige non arbitrable laborieusement », *RLDA* 2004, n° 72, p. 5.

## ***Paragraphe 2. Vers l'arbitrabilité reconnue en droit comparé***

97. Les difficultés persistantes concernant le manque de reconnaissance de la pleine arbitrabilité de la validité des brevets nourrissent la réflexion doctrinale en droit comparé. Un tel mouvement ne devrait pas surprendre à la lumière de l'évolution indiquée ci-dessus de la jurisprudence inspirant la doctrine française (A). Ainsi la reconnaissance explicite de l'arbitrabilité en question apparaît dans certains ordres juridiques européens (B).

### **A. Les solutions doctrinales en droit français**

98. L'évolution jurisprudentielle en droit français permet de poser des hypothèses différentes sur une levée éventuelle de toute inarbitrabilité en matière de brevets. Les interprétations les plus libérales proposent même l'admission implicite d'un effet *erga omnes* des sentences arbitrales portant sur la validité d'un brevet.<sup>1046</sup> Une porte à un tel positionnement a été ouverte par la jurisprudence *Liv Hidravlika*. L'interprétation *a contrario* du rapport établi dans cette affaire entre l'absence d'autorité de chose jugée et le fait que la cour n'ait pas examiné la validité du titre au dispositif de la sentence pourrait en effet suggérer une telle conclusion. Une telle interprétation paraît excessive, et elle est isolée dans la littérature relative à sujet. Les arguments favorables à une conception étendue de l'arbitrabilité de la validité des brevets, qui s'appuient sur l'absence d'incompatibilité véritable entre la relativité de l'arbitrage et l'effet absolu des titres en cause, permettent pourtant de s'en prendre au dernier bastion de la résistance à l'arbitrabilité des litiges étudiés.
99. L'épreuve paraît complexe, mais pas impossible. Comme pour les litiges portant sur la nullité des décisions sociétaires analysés ci-dessus, il serait envisageable d'admettre à la lumière du droit français que la contradiction entre l'effet absolu attribué aux décisions d'annulation d'un brevet et le caractère conventionnel de l'arbitrage est

---

<sup>1046</sup> V.-L. Benabou, « Une entaille dans le principe d'inarbitrabilité de la validité des brevets », *Petites Affiches*, 2008 (199), p. 7.

uniquement apparent tant à l'égard de la non-affectation des droits des tiers que de l'extension des effets de la sentence arbitrale aux tiers non parties à la convention d'arbitrage. Tout d'abord, la notion de l'autorité absolue d'une décision d'annulation d'un brevet devrait être distinguée de son opposabilité aux tiers. En effet, le fait que la sentence arbitrale possède un caractère relatif ne veut pas dire qu'elle est inopposable aux tiers. Certes, toutes les décisions de justice sont dotées de l'autorité de la chose jugée uniquement à l'égard des parties. Mais, quelle que soit la forme de justice – publique ou privée –, elles créent un « *fait social (...) susceptible d'avoir des répercussions sur son environnement* »<sup>1047</sup>. Une telle conclusion semble plus qu'envisageable en droit français, eu égard non seulement à l'art. 1484 du frCPC, dotant la sentence de l'autorité de chose jugée à partir de son prononcé, mais encore à la lumière de la tierce opposition, ouverte aux tiers intéressés par l'art. 1501 du frCPC<sup>1048</sup>. À cet égard, un auteur argumente que l'opposabilité d'un titre en question aux tiers ne peut pas s'opposer, en tant que telle, à l'arbitrabilité d'un litige portant sur sa validité<sup>1049</sup>.

100. Dans toutes les hypothèses, c'est dans ce contexte que se concrétise la conclusion que le véritable obstacle pour l'arbitrabilité en question ne réside pas dans la portée absolue du brevet octroyé par un organe public, mais dans un acte de puissance publique, sur la validité duquel un juge seul est compétent de se prononcer<sup>1050</sup>. La question se pose par conséquent, sur la confrontation de l'obligation de publicité avec le caractère confidentiel de l'arbitrage. Il semble pourtant, au moins pour les partisans de l'approche favorable à l'arbitrage, que rien n'empêcherait le maintien de la confidentialité de l'instance, malgré la publication (partielle) de la sentence.

---

<sup>1047</sup> P. Bruneau, *De l'arbitrage en matière de différents relatifs à la propriété intellectuelle : le cas spécifique du brevet d'invention*, thèse de LL. M., Université McGill, Montréal 1998, p. 109.

<sup>1048</sup> V. *supra* Partie II, Titre I, Chapitre I, Section II (les remarques sur la tierce opposition au droit des sociétés).

<sup>1049</sup> X. de Mello, *op. cit.*, p.108.

<sup>1050</sup> En ce sens J. Billlemont, *op. cit.*, n° 156, p. 111.

## B. Les solutions législatives en droit comparé

101. La remarque exprimée dans la division relative à l'arbitrabilité des litiges internes à la société, selon laquelle une solution législative cohérente apporterait plus de sécurité juridique que les subtilités doctrinales, peut également être faite à propos de l'arbitrabilité des brevets. Les droits suisse (1) et belge (2) se trouvent parmi les précurseurs qui ont expressément admis l'arbitrabilité des litiges en question. Certes, le fait que « *lorsqu'on admet sans réserve que la sentence arbitrale de l'arbitre est opposable erga omnes, comme en Belgique, c'est tout simplement par choix politique*<sup>1051</sup> ». Comme nous l'avons pourtant observé ci-dessus, une base doctrinale signifiante existe à cet égard.

### 1. En droit suisse

102. Le législateur suisse a résolu le problème à sa manière, en se servant notamment du critère patrimonial de l'arbitrabilité en matière internationale. F. Perret fait remarquer que « *la voie de l'arbitrage est en effet ouverte même à l'égard de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition, pour autant que ces droits aient une valeur patrimoniale, c'est-à-dire pécuniaire* »<sup>1052</sup>. Ainsi, les litiges portant sur la validité des brevets sont arbitrables depuis 1975, quand la compétence des tribunaux arbitraux a été reconnue à cet égard. Dès lors, la sentence arbitrale déclarant la nullité d'un brevet suisse ne respectant pas les conditions de brevetabilité constitue la base de l'annulation et de la radiation de celui-ci du registre de l'Office suisse des brevets. La sentence elle-même, accompagnée d'un certificat de force exécutoire est inscrite dans le registre mentionné ci-dessus. Tant en arbitrage interne qu'international, la sentence arbitrale d'annulation d'un titre de propriété intellectuelle est dotée d'un effet absolu. Par

---

<sup>1051</sup> P. Bruneau, *op. cit.*, p. 121.

<sup>1052</sup> F. Perret, « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle, en droit comparé : Suisse/Allemagne/Italie », In *Arbitrage et Propriété Intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 janvier 1994, Librairies Techniques, Paris 1994, p. 76.

conséquent, l'existence d'une compétence exclusive, attribuée aux tribunaux étatiques dans le pays du brevet étranger, n'exclut pas son arbitrabilité en Suisse<sup>1053</sup>.

## 2. En droit belge

103. Les solutions adoptées en droit belge nous paraissent plus inspirantes – du point de vue juridictionnel pour le droit français, et du point de vue de critère de l'arbitrabilité – pour le droit polonais. La Cour de cassation de Belgique a pris une position intéressante en 1893 portant sur la relation entre l'ordre public et l'intérêt général touchant à la nullité des brevets, en jugeant que la loi abandonne la poursuite de la nullité de ceux-ci par le Ministère public au profit de « *la vigilance des citoyens lésés* »<sup>1054</sup>. En affirmant que l'intéressé par une action en nullité de brevet possède un choix autonome d'exercer un tel droit, la cour souligne en effet que la matière litigieuse en question n'est pas d'ordre public. Dès lors, le litige est transigible selon l'ancien critère belge de l'arbitrabilité. Les bénéficiaires potentiels d'une telle action en annulation peuvent par conséquent se rendre à l'arbitrage. Une telle opinion est partagée par certains auteurs contemporains, selon lesquels, bien que la matière litigieuse soit l'objet d'une compétence exclusive, l'intérêt public qui la caractérise ne suffit pas pour placer la règle parmi celles qui sont d'ordre public, une telle norme n'étant qu'impérative.<sup>1055</sup>

---

<sup>1053</sup> CCI, aff., n° 6097, 1989, *Bull. CCI* 1993 (10), p. 80. Une telle position a été présentée à l'égard de cette décision par F. Perret, v. F. Perret, « Arbitration and Licensing Agreements : The Swiss Experience, in *Creatives ideas for intellectual property* », *The ATRIP Papers* 2000-2001, Lausanne, 2002, p. 242. Il faut pourtant noter que dans cette affaire, le tribunal arbitral siégeant à Zürich s'est prononcé sur la validité seulement *inter partes* d'un brevet enregistré selon le droit allemand. Cf. pourtant la question de la litispendance dans l'arrêt du Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, ATF 127 III 279, *Rev. arb.*, 2001, p. 835, note Poudret.

<sup>1054</sup> Cour de cassation de Belgique, 13 avril 1893, *Pasicrisie* 1893 (1), p. 167, cité par J. Dassel, « Examen de jurisprudence (1972 à 1977), Brevets d'invention », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1978, p. 517. En l'espèce la Cour a décidé que les parties étaient libres de transiger sur la question de la validité d'un brevet et de renoncer à cette possibilité, (« [la Cour]... *décida que la validité des brevets ne touchant pas en règle générale à l'ordre public mais uniquement à l'intérêt général, la clause par laquelle un tiers renonçait à invoquer la nullité d'un brevet était parfaitement valable. Dès lors qu'une telle clause est valable, elle doit évidemment être appliquée et on voit dès lors mal comment justifier le motif du jugement ci-dessus rapporté que s'il peut le cas échéant y avoir manquement contractuel, il s'agit cependant sur le plan du droit des brevets et des actions en contrefaçon d'un droit incontestable pour celui qui est poursuivi en contrefaçon* »).

<sup>1055</sup> V. K-H. Böckstiegel, « Arbitrability and Public Policy », In *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series, n° 3, p. 198.

104. Neuf ans après avoir été affirmée par la jurisprudence<sup>1056</sup>, l'arbitrabilité des litiges concernant la validité d'un titre de propriété industrielle a été consacrée par le législateur belge en 1984. Dès lors les contestations relatives à la validité d'un brevet peuvent être soumises à l'arbitrage (l'art. 73§6 de la loi sur les brevets d'invention<sup>1057</sup>). De plus l'effet *erga omnes* des sentences arbitrales portant sur l'annulation d'un brevet et leurs communications à l'Office des brevets est assurée par les articles 51 et 74 de la loi susmentionnée. Les sentences arbitrales sont par conséquent dotées d'une portée absolue et la publicité les rend opposables aux tiers. Leur portée est de même identique avec celle des sentences classiques.

---

<sup>1056</sup> Cour de cassation de Belgique, 15 juillet 1975, décision citée par J. Dassel, *op. cit.*, pp. 520 et s., *Revue de droit intellectuel l'ingénieur-conseil*, n° 10-11, 1976, p. 319. En l'espèce le tribunal arbitral s'est déclaré compétent pour statuer sur un litige portant sur la nullité d'un brevet.

<sup>1057</sup> L'art. 73§6 de la loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 prévoit : « (...) *Les dispositions du présent art. ne font toutefois pas obstacle à ce que les contestations relatives à la propriété d'une demande de brevet ou d'un brevet, à la validité ou à la contrefaçon d'un brevet ou à la fixation de l'indemnité visée à l'art. 29 ainsi que celles relatives aux licences de brevets autres que les licences obligatoires soient portées devant les tribunaux arbitraux* ».

## CONCLUSION DU TITRE I

105. Traditionnellement, certains litiges demeurent inarbitrables lorsqu'ils se heurtent à l'obstacle que constitue la nature contractuelle de l'arbitrage. Les sentences arbitrales étant dépourvues de l'effet *erga omnes*, la question de la protection des droits procéduraux des tiers, intéressés par le développement de l'instance, revêt une importance remarquable. En ce sens, la diversité des instruments juridiques de protection, admis en droit comparé, fait apparaître caractère relatif des obstacles à la fiabilité de l'arbitrage et fait preuve de flexibilité croissante des ordres juridiques face aux enjeux de l'arbitrage effectif<sup>1058</sup>. Au-delà du critère de l'arbitrabilité, se pose ensuite la question de la nécessité de protéger les droits potentiels des tiers – tel que, notamment, l'exercice commerciale libre, non limitée par les titres de la propriété intellectuelle – qui n'est pas garantie sans la publication du résultat de la sentence et l'élargissement de l'effet de la sentence au-delà des parties à l'arbitrage. Néanmoins, il existe des solutions en droit comparé qui peuvent remédier également à cet obstacle à l'arbitrabilité<sup>1059</sup>. Dès lors, l'effet relatif des décisions arbitrales, contrairement à certaines décisions des juridictions étatiques – comme celles concernant la validité des décisions prises au sein d'une société ou portant sur la nullité d'un brevet, constitue un obstacle apparent, tant à l'égard de la protection suffisante des droits des tiers que s'agissant de l'accès public aux résultats du procès. Par la force des choses, les limites en question ne jouent pas forcément contre l'arbitrabilité des litiges concernant des tiers<sup>1060</sup>.

106. Afin de rendre plus acceptable l'effet *erga omnes* de la sentence arbitrale en cas de litige interne à la vie de société, certains ordres juridiques proposent, par voie législative ou jurisprudentielle, une réglementation spécifique de la procédure arbitrale

---

<sup>1058</sup> L. Sokołowska, « La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé », *op. cit.*, p. 51.

<sup>1059</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1060</sup> *Ibid.*, p. 52.



ou de la convention d'arbitrage. C'est surtout le cas du droit allemand et russe. Une telle approche, sans vraiment reconnaître le caractère arbitral des litiges en question, ouvre la porte à l'arbitrabilité conditionnelle de ceux-ci, en offrant une solution pratique<sup>1061</sup>. L'applicabilité de celle-ci en droit polonais est d'un côté justifiée par la proximité de celui-ci avec le droit allemand au niveau de structure normative du droit privé, et – d'un autre côté par son objectif correspondant à l'essor favorable à l'arbitrage en tant que droit postsocialiste<sup>1062</sup>. D'autres ordres juridiques, comme le droit français, adoptent une voie différente eu égard au fait qu'aucune exigence préalable au-delà d'une convention d'arbitrage valablement conclue n'est requise pour reconnaître l'arbitrabilité des litiges en question. Pourtant, des instruments juridiques adoptés par une telle approche semblent être trop éloignés du droit polonais de l'arbitrage. Bien que la tierce opposition en tant que mesure appropriée pour la protection générale des droits des tiers puisse servir de bon exemple pour la procédure civile polonaise<sup>1063</sup>, l'objectif du droit de l'arbitrage devrait d'abord être de trouver des mesures efficaces au sein de celui-ci, plutôt que de recourir aux institutions de la procédure civile<sup>1064</sup>.

107. De plus, l'exemple des litiges portant sur l'annulation des brevets montre que la question de protection des droits des tiers porte tant sur le caractère confidentiel de l'arbitrage que sur son caractère contractuel. L'essor de la jurisprudence française pose la question de la levée de toute inarbitrabilité en matière de brevets. Comme le montrent pourtant les droits suisse et belge, le vrai obstacle à l'arbitrabilité en question ne réside pas dans les avantages de la portée absolue des décisions du juge par rapports aux tiers, mais dans la confrontation de l'obligation de publicité avec le caractère confidentiel de l'arbitrage<sup>1065</sup>. Cette question reste sujette à discussion.

---

<sup>1061</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1062</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1063</sup> En ce sens P. Rylski, « Opozycja osoby trzeciej, (tierce opposition) – nadzwyczajny środek zaskarżenia francuskiej procedury cywilnej », *Przegląd Sadowy* 2006 (5), p. 152. L'auteur met l'accent sur un caractère dispersé des instruments de protection des tiers dans le pCPC, alors que la tierce opposition constitue à cet égard un outil simplifié.

<sup>1064</sup> L. Sokołowska, « La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé », *op. cit.*, p. 58.

<sup>1065</sup> *Ibid.*, p. 59.

## TITRE II

### LES NOUVELLES PERSPECTIVES DE L'ARBITRABILITÉ

108. D'un côté la liberté de compromettre ne constitue pas une simple extrapolation de la liberté contractuelle à la convention d'arbitrage. D'un autre côté « l'arbitrage est un droit en mouvement »<sup>1066</sup>, réactif aux changements de la réalité juridique, économique et sociétale. À cet égard, la teneur de l'arbitrabilité se manifeste par l'évolution des conditions de l'admissibilité de la convention d'arbitrage dans certains domaines « sensibles » du droit civil et commercial (**Chapitre I**). La contractualisation des domaines jusqu'à présent inarbitrables ouvre de plus des nouvelles portes à l'arbitrage en déterminant sa position par rapport aux modes alternatifs de règlement des litiges (**Chapitre II**).

---

<sup>1066</sup> M. De Fontmichel, « Le faible et l'arbitrage », *Economica*, Paris 2013, p. 27.

## CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION ET EN DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

109. En raison de l'intérêt de cette étude pour l'analyse de l'essor de l'arbitrage, nous allons nous concentrer sur les domaines disparates de droit, marqués toutefois par l'activité législative récente. Tenant compte de valeur comparative de notre démonstration, une telle approche nous semble présenter au mieux les tendances actuelles de la réglementation de l'arbitrabilité.
110. Les dernières réformes — respectivement en droit français et en droit polonais dans le domaine de la consommation et dans le domaine de l'insolvabilité en Pologne — ont induit une clarification du régime de la convention d'arbitrage. Ce phénomène découle, dans le cas du droit français, de la contractualisation qui a profondément marqué la dernière réforme introduite par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. ». Dans le cas du droit polonais, il s'agit plutôt d'un effet secondaire des modifications longtemps attendues en droit de l'insolvabilité, finalement introduites par la réforme de 2015. Enfin, tant en droit français qu'en droit polonais, en matière de la consommation et de l'insolvabilité, une conception destinée à favoriser les modes alternatifs de règlement des différends semble prévaloir.
111. À cet égard, la clarification du régime de la clause compromissoire contribue à l'ouverture des nouveaux domaines à l'arbitrage. Cette influence n'est pourtant ni homogène ni entièrement directe. L'arbitrage, en tant que mode alternatif de résolution des litiges, a besoin de la transparence procédurale et du renforcement des standards de protection du consommateur, d'une part (**Section I**), et de la continuité et de la stabilité de l'instance arbitrale, d'autre part (**Section II**). Dans les deux cas se pose la question suivante, basée sur le conflit. Peut-on développer l'efficacité de l'arbitrage en limitant l'accès à celui-ci ou en excluant la procédure arbitrale en face de la discordance des objectifs de la justice privée et de la matière litigieuse ?

## SECTION I. EN DROIT DE LA CONSOMMATION

112. En essayant de réunir deux domaines du droit, le droit de l'arbitrage et le droit de la consommation, on constate une large divergence entre le premier — longtemps compris d'un côté comme un droit partisan et subversif, dépourvu des garanties étatiques mais libéral, notamment en matière de commerce international — et le second — développant de manière cohérente à la fois la logique de protection et de soutien du consommateur sur le marché. Les relations entre l'arbitrage et le consommateur — touchées donc d'abord par l'exclusion, le conflit et la suspicion — évoluent difficilement vers la confiance et l'acceptation des standards de protection de la partie faible<sup>1067</sup> pour tracer finalement une nouvelle étape de l'évolution de l'arbitrage que la doctrine perçoit comme une « *perspective de convergence entre partie faible et arbitrage* »<sup>1068</sup>. La vulnérabilité du consommateur qui se manifeste à différentes étapes d'une relation contractuelle avec un commerçant (un professionnel) constitue un obstacle à la reconnaissance de l'arbitrage comme un mode d'ailleurs potentiellement propice de résolution des litiges dans ce domaine. L'inadmissibilité de la convention d'arbitrage ne résulte pas à cet égard du caractère indisponible de l'objet litigieux que davantage sur le risque de déni de justice. Celui-ci se manifeste par la nature contre-productive des outils juridiques ayant pour but de garantir l'accès au juge à la partie faible du contrat de consommation (**Paragraphe 1**). Les tentatives d'adaptation des mécanismes de protection du consommateur à la réalité du circuit économique et juridique, entreprises récemment tant en droit polonais que français, semblent avoir pour but la restauration d'un équilibre manquant entre l'arbitrage et le domaine de la consommation par la diminution des conséquences potentiellement négatives des relations contractuelles déséquilibrées, renforçant en même temps la crédibilité du mode privé de résolution des litiges en tant que justice remédiant au risque que les consommateurs soient victimes de leurs cocontractants privilégiés (**Paragraphe 2**).

---

<sup>1067</sup> M. De Fontmichel, *op. cit.*, p. 27

<sup>1068</sup> *Ibid.*, n° 17, p. 25

## ***Paragraphe 1. L'arbitrabilité en matière de consommation***

113. La caractérisation correcte d'un fondement de l'inarbitrabilité dans un domaine du droit facilite une prédiction sur son développement et trace une perspective réelle de l'ouverture du champ de l'arbitrabilité. Afin de présenter l'état récent de celle-ci quant aux litiges concernant le consommateur, nous allons d'abord étudier le caractère relatif de l'indisponibilité de l'objet litigieux (**A**), pour passer ensuite à l'examen de la solution que le droit français et le droit polonais donnent respectivement à la difficulté de concilier la protection du consommateur et la promotion de l'arbitrage (**B**).

### **A. La disponibilité du litige**

114. Un domaine du droit, même s'il ne repose pas sur la protection de l'intérêt général, contrairement au droit des sociétés et de la propriété intellectuelle<sup>1069</sup>, demeure problématique devant l'arbitre s'il touche aux intérêts particuliers. Tel est le cas du droit de la consommation. Malgré l'absence d'incompatibilité manifeste entre la spécificité de l'arbitrage et la nature du litige, le relativisme contractuel n'y constituant pas l'obstacle contrairement aux litiges étudiés ci-dessus<sup>1070</sup>, on a affaire à d'autres limites de justice privée. L'ordre public de protection, qui vise à garantir la liberté et la transparence du consentement commun à l'arbitrage, a en effet longtemps donné au raisonnement juridique la finalité d'empêcher la partie faible d'abandonner ses prérogatives de manière précoce<sup>1071</sup>.

115. Traditionnellement, notamment dans la doctrine française, la convention d'arbitrage signifiait dans ce contexte une renonciation au droit subjectif litigieux<sup>1072</sup>. En d'autres termes, le droit subjectif protégé – dans ce cas les dispositions protectrices et impératives de la loi, « *les garanties qu'offre le tribunal étatique* »<sup>1073</sup> – ne peut être

---

<sup>1069</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre I et II.

<sup>1070</sup> En ce sens J. Billemeont, *op. cit.*, n° 60, p. 49.

<sup>1071</sup> En ce sens, *ibid.*

<sup>1072</sup> En ce sens dans la doctrine française P. Ancel, « Arbitrage-Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables », *J.-Cl., op. cit.*, fasc. 1024, n° 74.

<sup>1073</sup> *Ibid.*

l'objet d'aucun acte de disposition ; or la convention d'arbitrage et la transaction sont des actes de disposition<sup>1074</sup>. Un tel raisonnement semble aisément applicable particulièrement en droit français, eu égard aux limites de l'arbitrabilité, énoncés par l'art. 2059 du frCc sous forme d'exigence de disponibilité des droits. Si les droits ne sont pas disponibles, on ne peut y renoncer, et ils sont donc soustraits au domaine de l'arbitrage.

116. Toutefois, l'argument présentant l'impossibilité de renonciation au droit subjectif litigieux comme un fondement de l'inarbitrabilité des litiges en droit de la consommation n'est pas universel. Il semble plus lié au critère de l'arbitrabilité utilisé en droit français qu'à son *analogon* polonais. Ce dernier détermine l'arbitrabilité selon les conditions générales de l'art. 1157 du pCPC à défaut des dispositions spéciales. Certes, le problème qui se pose en droit polonais, notamment tel qu'en vigueur avant la réforme du pCPC en 2019, sur le caractère transigible du litige<sup>1075</sup>, renvoie à la question de savoir si, selon les règles matérielles, les parties disposent des droits, prérogatives, actions et prétentions découlant de la relation juridique litigieuse<sup>1076</sup>. Les doutes à cet égard, concernant la transigibilité de l'objet, apparaissent en effet surtout quand il s'agit des litiges portant sur l'intérêt collectif des consommateurs et la constatation de caractère abusif de la clause<sup>1077</sup>. Les premiers sont problématiques en effet à l'égard de la disponibilité individuelle d'un intérêt de groupe, les seconds par contre étaient expressément dépourvus jusqu'ici de l'attribut de transigibilité par le texte de loi (l'art. 479<sup>41</sup>, actuellement abrogé, du pCPC<sup>1078</sup>). La position générale de la doctrine polonaise et de la jurisprudence par rapport aux litiges avec le

---

<sup>1074</sup> Selon le classement présenté par J. Billemeont, *op. cit.*, n° 62, p. 50. L'auteur étudie les terminologies employées par Mme Fauvarque-Cosson et M. Jarroson, pour englober les notions de renonciation, de transaction et de convention d'arbitrage dans un groupe commun des actes de disposition.

<sup>1075</sup> T. Ereciński (éd.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sąd polubowny (arbitrażowy)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, pp. 811 et s.

<sup>1076</sup> SN, 23 septembre 2010, III CZP 7/10, OSNC 2011/2/14; SN 18 juin 2010, V CSK 434/09, *préc.*

<sup>1077</sup> K. Gajda-Roszczyńska, « Alternatywne metody rozwiązywania sporów konsumenckich – arbitraz, wybrane zagadnienia (cz. III) », *ADR*, 4 (4), 2008, p. 35.

<sup>1078</sup> Selon l'art. 479<sup>41</sup> du pCPC la transaction portant sur un litige concernant la constatation de caractère abusif de la clause n'est pas admise (« [w] sprawach o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone sąd nie może wydać wyroku tylko na podstawie uznania powództwa. Niedopuszczalne jest też zawarcie ugody »). La disposition a été abrogée par un amendement à la loi sur la protection de la concurrence et la consommation du 16 février 2007, v. *infra*.

consommateur ne remet donc pas en cause leur transigibilité en tant que telle, mais renvoie davantage, surtout après l'abrogation de l'article susmentionné, ainsi qu'à la suite de la réforme de l'art. 1157 du pCPC de 2019, aux aspects pratiques du système de protection du consommateur, question que nous allons étudier ci-dessous.<sup>1079</sup>

117. Le problème semble en effet porter sur un autre point que sur le caractère disponible ou transigible des droits. Les droits déclarés inarbitrables par rapport à la libre disponibilité « *ne le sont pas en eux-mêmes, mais seulement en tant qu'existe un état d'infériorité d'une partie à l'égard de l'autre qui restreint leur disponibilité* »<sup>1080</sup>. Les parties peuvent alors renoncer aux droits subjectifs, accordés par une règle d'ordre public, après l'acquisition de ces derniers<sup>1081</sup>. En conséquence, en droit français une clause compromissoire n'est pas autorisée dans le contrat de consommation, mais le compromis devient possible après la naissance du litige. Dans le deuxième cas, « *le droit à la protection est alors acquis, rendant licite la renonciation à celui-ci* »<sup>1082</sup>. On considère alors que le consommateur connaît l'étendue de ses droits, et qu'il est prêt à les soumettre à l'arbitre<sup>1083</sup>. Comme le fait observer M. Billemont, ce qui est en cause est davantage l'accès au juge attribué au consommateur, que la disponibilité des droits. Selon ce raisonnement « *la liberté de compromettre ne doit pas dépendre de la disponibilité des droits au fond mais de l'éventuelle restriction apportée à l'accès de*

---

<sup>1079</sup> L'une des interprétations expliquant la cohérence entre la notion de transaction et l'arbitrabilité des litiges en question est fournie paradoxalement par la doctrine française, qui, malgré sa méfiance initiale aux « actes de disposition », semble différencier le degré de « risque » emporté par un tel acte pour le cocontractant. Selon cette conception, la transaction est considérée encore moins risquée qu'un compromis même – ce dernier étant largement accepté comme forme de convention d'arbitrage dans le domaine de la consommation, cf. M. Boncenne et O. Bourbeau, *Traité de la procédure civile*, t. 6, vol. 2, Videcoq, 1847, p. 462, cité par M. Billemont, *op. cit.*, p. 50 : « *La partie qui transige sait ce qu'elle abandonne, elle peut mesurer à l'avance l'étendue de son sacrifice. Celui qui compromet n'a pas la volonté d'aliéner, et cependant l'événement qu'il ignore, la décision des arbitres, peut imposer à ses intérêts le sacrifice imprévu du droit litigieux tout entier* ». Selon cette optique, même si la notion de transigibilité renvoie par la suite à la disponibilité des droits, l'analyse superficielle du problème pourrait effectivement aboutir à l'affirmation du caractère transigible des litiges avec le consommateur.

<sup>1080</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 63, p. 51

<sup>1081</sup> « (...) si les bénéficiaires des règles d'ordre public de protection, après avoir été mis en mesure d'exercer leurs prérogatives légales, ne souhaitent pas les conserver, la loi ne peut pas les y contraindre. », v. B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité (...)*, *op. cit.*, n° 197, p. 119.

<sup>1082</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n° 64, p. 51.

<sup>1083</sup> *Ibid.*, n° 184, p. 127.

*la partie faible à son juge naturel* »<sup>1084</sup>. En droit polonais par contre, les textes de loi ne prévoient pas *expressis verbis* des régimes distincts pour la clause compromissoire et le compromis, toutefois le même effet, favorable au compromis dans le domaine des contrats de consommation, devrait être également garanti par le système général communautaire de protection du consommateur, reposant sur l'élimination des clauses abusives dans les contrats de consommation.

118. En toute hypothèse, une fois que le service a été fourni ou que la marchandise a été livrée au consommateur, ce dernier n'est plus sous la dépendance du professionnel et il ne tient désormais plus qu'à lui de refuser le compromis et de choisir le maintien de la possibilité de saisir la justice étatique tous les cas de figure, en n'étant plus dépendant par rapport au professionnel, un service étant fourni une fois le litige né, le consommateur n'est pas dès lors dépourvu d'accès à son juge naturel, puisqu'il peut toujours refuser le compromis et choisir la justice étatique. Le consommateur restera pourtant une partie faible devant l'arbitre eu égard à sa position économique, géographique, linguistique ou culturelle, qui demeurera inférieure à celle du professionnel. Même si, par conséquent l'indisponibilité du litige constitue dans le domaine étudié un fondement de l'inarbitrabilité, celle-ci étant seulement relative, le problème de l'arbitrabilité s'exprime en l'occurrence par le degré de la protection du consommateur contre les abus de position de son cocontractant dans l'éventualité d'une procédure arbitrale.

---

<sup>1084</sup> *Ibid.*, n° 184, p. 128.



## B. Le décalage entre la protection du consommateur et le libéralisme de l'arbitrage en matière de consommation

119. Selon l'approche élaborée en droit européen, les modes alternatifs de résolution des litiges accessibles au consommateur s'inscrivent dans la notion d'accès à la justice et signifient que les voies de droit effectives doivent être comparables à celles prévues par le système étatique<sup>1085</sup>. Même si, à l'origine, le concept communautaire de réglementation extrajudiciaire ne considérait pas l'arbitrage<sup>1086</sup>, il est aujourd'hui accepté comme l'un des modes alternatifs de résolution des litiges de consommation<sup>1087</sup>.
120. Il convient toutefois de noter que l'existence du système de règlement extrajudiciaire des différends ne dispense pas le législateur national de l'obligation de fournir aux consommateurs un droit d'accès au juge. En effet, la simple autorisation d'une clause en vertu de laquelle le consommateur – par l'utilisation de méthodes alternatives de règlement des différends – renoncerait à son droit au juge, jouerait à l'encontre de sa position inférieure par rapport au professionnel. Les solutions européennes ont donc pour but de garantir les standards de protection du consommateur<sup>1088</sup>, également par

---

<sup>1085</sup> Notamment dans le sens de la résolution du Conseil du 9 novembre 1989 sur les priorités futures pour la relance de la politique de protection des consommateurs, *JOCE*, C 294, 22 novembre 1989, le Livre vert de la Commission du 16 novembre 1993 relatif à l'accès des consommateurs à la justice et au règlement des litiges de consommation dans le marché unique, COM (93) 576 final – quant à l'accès au juge et aux modes alternatifs de résolution des litiges (à l'exception de l'arbitrage) et le Plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché intérieur du 14 février 1996, COM(96) 13 final – quant à l'accès volontaire aux modes alternatifs de résolution des litiges (à l'exception de l'arbitrage). Par contre, les garanties procédurales liant des institutions arbitrales par rapport au consommateur ont déjà été prévues par la Recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation 98/257/CE, *JOCE*, L 115/3 sous forme des principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, d'effectivité, d'égalité et de liberté.

<sup>1086</sup> En ce sens les documents mentionnés *supra* ; Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial du 19 avril 2002, COM/2002/0196.

<sup>1087</sup> En ce sens not. J. Stuyck, E. Terryn, C. Veerle Colaert, T. Van Dyck, N. Peretz, N. Hoekx, P. Tereszkiewicz, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report. A study for the European Commission, Health, and Consumer Law*, Centre for European Economic Law Katholieke Universiteit Leuven, 2007, pp. 82-83.

<sup>1088</sup> La notion de protection effective découle de l'art. 6, paragraphe, 1 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, ci-après la directive 93/13/CEE, selon laquelle « [L]es États membres prévoient que les clauses abusives figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel ne lient pas le

rapport aux modes alternatifs susmentionnés. Pourtant, au lieu de construire les outils de protection effective du consommateur, le législateur national peut être tenté d'appliquer les mécanismes rigides allant à l'encontre de l'arbitrage. Par conséquent, si le législateur introduit un système préventif interdisant la clause d'arbitrage en tant que telle, il augmente la méfiance envers l'arbitrage au lieu d'encourager le consommateur à en tirer profit. En particulier, un consommateur manquant d'expérience cherchera en premier lieu à faire cesser une clause illicite. Le décalage entre la protection du consommateur et le libéralisme de l'arbitrage en matière de consommation a reçu en droit français (1) et en droit polonais (2) des remèdes comparables, qu'il faut à présent étudier plus en détail.

### 1. En droit polonais

121. Avant la réforme du 5 août 2015 amendant le régime de protection du consommateur<sup>1089</sup> et l'entrée en vigueur de la loi du 23 septembre 2016 sur les modes alternatifs de résolution des litiges avec le consommateur<sup>1090</sup>, transposant la directive européenne

---

*consommateur* ». Ceci a été interprété par la jurisprudence européenne dans l'arrêt *Oceano Grupo Editorial*, CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial*, C-240/98 à C-244/98, *Rec.* 2000 p. I-4941; *Europe* 2000 (8), p. 26, note Idot; *RTD com.*, 2001, p. 287, obs. Jazottes, Luby et Poillot-Peruzzetto : « [l']objectif poursuivi par l'art. 6 de la directive (...) ne pourrait être atteint si (les consommateurs) devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses ». À cet égard, la protection effective donne au juge national le pouvoir d'appréciation d'office de la validité de la clause abusive (en l'espèce la clause attributive de juridiction), afin de garantir au consommateur ignorant l'accès à son juge naturel, même si le premier néglige de soulever le caractère abusif de la clause (l'objectif étant rappelé par rapport à la clause compromissaire dans l'arrêt CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *Rec.* 2006 p. I-10421; *Rev. arb.*, 2007, p. 109, note Idot, discuté *infra*). La notion de protection effective du consommateur au sens large, se référant à toute mesure de protection procédurale du consommateur, y compris à celles relatives aux modes alternatifs de résolution des litiges et l'arbitrage, est également concernée par le principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des droits nationaux. Selon ce dernier, à défaut de normes communautaires suffisantes, la détermination des conditions procédurales relatives à la protection des droits découlant directement du droit communautaire appartient aux ordres juridiques nationaux, cf. CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz*, C-33/76, *Rec.* 1976 p. 1989; M. Szpunar, « Prawo wspólnotowe przed organami krajowymi », *Rejent* 2004, 3-4 (155-156), pp. 219 et s.

<sup>1089</sup> Loi du 5 août 2015 (*Ustawa o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw*, *Dz.U.* pos. 1634)

<sup>1090</sup> Loi du 23 septembre 2016 (*Ustawa o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich*, *Dz. U.* pos. 1823), ci-après la loi du 23 septembre 2016.

2013/11/UE du 21 mai 2013 <sup>1091</sup>, l'admissibilité de la convention d'arbitrage en droit de la consommation posait des problèmes similaires à ceux que l'on rencontrait en droit français, malgré un régime normatif partiellement différent<sup>1092</sup>. Puisque le droit polonais de l'arbitrage ne prévoyait pas de dispositions particulières pour l'arbitrage en matière de consommation, le régime général prévu pour par le pICPC pour les conventions d'arbitrage s'y appliquait. À la différence du droit français ensuite, l'art. 1161 § 1<sup>er</sup> du même code, qui s'applique tant à l'arbitrage interne qu'international, prévoyait la possibilité de conclure une convention d'arbitrage sous forme tant de clause compromissoire que de compromis<sup>1093</sup>. Cette règle s'appliquait par conséquent aux litiges avec le consommateur.

122. Le système de protection du consommateur polonais, comme dans tous les ordres juridiques inspirés par l'ordre communautaire, repose donc sur deux piliers: le contrôle abstrait et le contrôle concret. S'agissant du contrôle abstrait, qui intéresse notre démonstration dans une moindre mesure, la compétence concernant la procédure d'action en suppression des clauses abusives était attribuée jusqu'à présent à la Cour spécialisée en matière de concurrence et de protection des consommateurs<sup>1094</sup>, conformément aux dispositions contenues dans le Titre VII, Division IV b du pICPC<sup>1095</sup>. Ce modèle de contrôle judiciaire, qui a récemment subi de très importantes modifications, avait pour but l'évaluation et l'interdiction éventuelle de l'utilisation d'une clause jugée abusive dans les contrats types pour prohiber la stipulation de celles-

---

<sup>1091</sup> Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, JO L 165, 18 juin 2013, ci-après la directive 2013/11/UE.

<sup>1092</sup> L'arbitrage en droit de la consommation repose sur un système mixte composé de deux piliers : les tribunaux permanents d'arbitrage auprès de l'Inspection régionale du commerce (*Inspekcja Handlowa*) et des établissements publics ou privés sectoriels, notamment la Cour permanente d'arbitrage auprès du Président de l'Office des communications électroniques (*Prezes Urzędu komunikacji Elektronicznej UKE*).

<sup>1093</sup> En ce sens T. Erecinski, K. Weitz, *op. cit.*, pp. 77 et s. Selon l'art. 1161 §1 du pICPC la soumission d'un litige à l'arbitrage nécessite une convention entre les parties, indiquant l'objet du litige ou une relation juridique duquel un litige résulte ou peut résulter.

<sup>1094</sup> *Sad Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ci-après: SOKiK, Tribunal auprès de l'Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs UOKiK.

<sup>1095</sup> Les articles 479<sup>36</sup> - 479<sup>45</sup> du pICPC, actuellement abrogés.

ci dans les contrats avec le consommateur<sup>1096</sup>. Une telle décision de la Cour spécialisée, indiquée ci-dessus, menant à l'inscription de la clause dans un catalogue des clauses abusives selon l'art. 479<sup>43</sup> abrogé du plCPC, était dotée de l'autorité absolue de la chose jugée. La position de la jurisprudence à cet égard n'était pourtant pas claire<sup>1097</sup> jusqu'à la décision de la Cour Suprême de 2006<sup>1098</sup>. La Cour a affirmé que le caractère abusif des contrats-types, identiques dans leur contenu aux clauses jugées illicites selon une décision définitive de la Cour, peut être opposable à un autre professionnel, en tant que pratique illicite affectant les intérêts des consommateurs. Selon cette logique, la convention d'arbitrage stipulée dans un contrat-type et identique à une clause jugée illicite ne pouvait pas subsister dans les relations contractuelles avec le consommateur<sup>1099</sup>. Pourtant, les plaintes déposées par des organisations à but lucratif disant agir dans l'intérêt des consommateurs ont en effet provoqué un engorgement de la *Cour spécialisée en matière de concurrence et de protection des consommateurs*. En conséquence, le système a été entièrement transformé, comme nous le verrons ci-après.

123. Le contrôle concret, son schéma général gardant toujours sa forme initiale, s'applique aux contrats particuliers avec le consommateur, affectant potentiellement son intérêt individuel. Le système considère comme abusives les clauses d'arbitrage qui, étant incluses dans les conditions générales ou d'autres documents contractuels, n'ont pas été négociées individuellement avec le consommateur (l'art. 385<sup>3</sup> du plCc, actuellement en vigueur). L'art. susmentionné introduit en effet une présomption du caractère abusif d'une clause contenue dans le contrat avec le consommateur, la preuve

---

<sup>1096</sup> Il s'agit des contrats dont les stipulations sont imposées par l'une des parties. Dans le contexte du droit français il s'agit davantage des contrats d'adhésion ; le nouvel art. 1110 du frCc précise que le contrat d'adhésion est un contrat « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » et ce, par opposition au contrat de gré à gré, lequel est défini au sein de ce même art. comme le contrat « dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ».

<sup>1097</sup> Selon une partie de la jurisprudence (cf. la jurisprudence de la SOKiK : 7 mars 2005, XVIII Ama 6/04, *Dz. Urz. UOKiK* 2005/2/26; 22 août 2005, XVIII Ama 21/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2005/3/45), la décision statuant sur le caractère abusif de la clause serait uniquement opposable aux entités contre lesquelles l'interdiction a été énoncée et par rapport à un contrat-type donné. Toutefois selon la jurisprudence de la cour d'appel, une telle décision est opposable à tous les entrepreneurs et introduit une interdiction générale de l'application de la clause inscrite au registre des clauses abusives (SA Warszawa, 16 novembre 2005, VI Aca 473/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2006/2/33; SA Warszawa, 2 décembre 2005, VI Aca 760/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2006/1/19).

<sup>1098</sup> SN, 13 juillet 2006, III SZP 3/ 06, *OSNP* 2007/1-2/35.

<sup>1099</sup> En ce sens K. Gajda-Roszczyńska, *op. cit.*, p. 38

du contraire reposant en pratique sur le professionnel. Le système en question soumet au contrôle des tribunaux de première instance du droit commun chaque clause constituant l'objet du litige entre l'entrepreneur et le consommateur, si elle n'a pas été négociée individuellement avec celui-ci. Ainsi la juridiction étatique, en contrôlant la décision du tribunal arbitral, tant au cours du contentieux de l'annulation que de l'exequatur, devrait annuler ou ne pas reconnaître la décision en question<sup>1100</sup>. Le tribunal arbitral devrait à son tour statuer négativement sur sa compétence<sup>1101</sup>.

124. À cet égard, répondant à la question si la convention d'arbitrage constitue à la lumière du droit polonais une clause illicite, on doit admettre que le fait que l'art. 385<sup>3</sup> du pCC repose sur une présomption du caractère abusif de ladite clause, signifie en effet qu'elle n'est pas inopposable au consommateur *ipso iure* mais doit être soumise au contrôle concret selon l'art. 385<sup>1</sup> du pCC<sup>1102</sup>.

## 2. En droit français

125. Il apparaît que les mécanismes de protection du consommateur en droit français, comparables dans son essence au système polonais, visent à bloquer le renvoi de celui-ci à l'arbitrage en droit interne (a). Pourtant, le même mécanisme n'est pas définitif en matière internationale (b).

### a. En matière interne

126. Déjà antérieurement à la réforme introduite par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. », la protection du consommateur semblait être assurée d'une manière plus cohérente en matière interne qu'en matière internationale. Alors que la validité du compromis entre le consommateur et le professionnel découle de l'art. 2059 du frCPC, la nullité de la clause compromissoire résultait jusqu'au 2016 de l'art. 2061 du frCPC, énonçant la

---

<sup>1100</sup> En ce sens *ibid.*, p. 39. L'auteur appuie à juste titre son opinion sur la portée de l'art. 7 de la directive 93/13/CEE.

<sup>1101</sup> *Ibid.*

<sup>1102</sup> En ce sens M. Pietraszewski, « Zapis na sąd jako klauzula abuzywna », *ADR*, 2010 2 (10), p. 78.

prohibition de celle-ci dans les contrats conclus à raison d'une activité non professionnelle<sup>1103</sup>. Ce régime était traditionnellement accompagné par le renvoi de l'art. 2061 aux « *dispositions législatives particulières* », et cette expression incluait en l'espèce celles du Code de la consommation<sup>1104</sup>. Cela avait pour but de restreindre le domaine d'application de la clause compromissoire. Pourtant, une telle construction normative semble aller paradoxalement à l'encontre de la protection du consommateur. Compte tenu de la norme principale figurant à l'art. 2061 du frCPC dans la version qui était la sienne avant la réforme de 2016, les dispositions susmentionnées du Code de la consommation paraissent en effet superflues<sup>1105</sup>. En d'autres termes, l'application de l'art. L. 132-1 du Code de la consommation dans sa version ancienne, en tant que « *disposition législative particulière* »<sup>1106</sup> déclarant les clauses abusives non-écrites, affaiblit la protection déjà attribuée au consommateur par l'art. 2061 du frCPC. Selon l'art. L. 132-1 du Code de la consommation, la charge de la preuve de l'absence de déséquilibre contractuel de la clause compromissoire incombe en effet, comme c'est le cas du droit polonais, au professionnel. Alors qu'une telle construction de preuve devrait agir au profit du consommateur<sup>1107</sup>, la présomption contenue dans l'art. L. 132-1 dudit code « *ne donnait aucune automaticité au caractère abusif d'une telle clause [compromissoire] et invitait en effet à une appréciation au cas par cas, sur*

---

<sup>1103</sup> Cf. *supra* Chapitre préliminaire, Section I; Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>1104</sup> Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 actuellement modifiée par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 et le décret n°2016-884 du 29 juin 2016.

<sup>1105</sup> En ce sens – sur la version de l'art. 2061 du frCPC antérieure à la réforme apportée par la loi NRE du 15 mai 2001, Ch. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *op. cit.*, n° 13, p. 1320 ; sur la version de l'art. 2061 antérieure à la réforme apportée par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. », Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 126, p. 139; J. Billemont, *op. cit.*, n° 183, p. 127. Il faut pourtant noter que tant avant qu'après la réforme susmentionnée de 2001, la prohibition de la clause compromissoire dans les contrats de consommation s'applique à la situation quand le consommateur n'a pas conclu le contrat à raison d'une activité professionnelle. Selon l'art. 2 (b) de la directive 93/13/CEE, le consommateur est « *celui qui contracte à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle* ».

<sup>1106</sup> L'ancien art. L-132-1 du Code de la consommation (abrog. ordon. 14 mars 2016, avec effet au 1<sup>er</sup> juil. 2016), désormais recodifié aux articles L.212-1 à L.212-3 du Code de la consommation.

<sup>1107</sup> Il faut noter qu'avant 2008 l'art. L. 132-1 al. 3 du Code de la consommation, suivant les dispositions transposées par la loi n°95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 de la directive 93/13/CEE renvoyait à un catalogue non-exhaustif des clauses potentiellement abusives. De telles clauses n'étaient donc pas, contrairement à l'hypothèse contenue à l'art. 2061 du frCPC, automatiquement nulles. La charge de la preuve du caractère abusif d'une clause pesait sur le consommateur qui était obligé de démontrer un déséquilibre significatif créé par celle-ci au détriment du consommateur.

démonstration par le consommateur de son caractère abusif »<sup>1108</sup>. De plus, la notion de « déséquilibre significatif » (l'art. L.132-1 al. 1 de l'acte mentionné ci-dessus), en tant que critère de l'abus contractuel, constituait un concept vague, insuffisant à assurer la sécurité juridique dans les contrats conclus avec le consommateur<sup>1109</sup>.

127. Or, malgré les avantages potentiels de ce double système de protection du consommateur en droit interne, il semble que l'interprétation reposant sur le caractère autonome du régime restrictif énoncée par ancien l'art. 2061 du frCPC prévale, eu égard à la simplicité, au moins superficielle, de ce dernier<sup>1110</sup>. La référence à la clause compromissoire faite par l'ancien art L.132-1 du Code de la consommation apparaît à cet égard comme une redondance législative<sup>1111</sup>. Celle-ci n'a pas été éliminée à l'époque par le législateur, la clause compromissoire étant soumise à la présomption de caractère abusif, renversable par le professionnel. Par conséquent, soit le consommateur est mené devant l'arbitre, la question de la validité de la clause compromissoire devrait en effet être présentée à l'appréciation du tribunal arbitral selon le principe de compétence-compétence (les articles 1448 et 1465 du frCPC), soit le professionnel soulève la compétence de l'arbitre une fois le juge étatique saisi par le consommateur. La présomption du caractère abusif, bien qu'étant renversable devant le

---

<sup>1108</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 126, p. 139.

<sup>1109</sup> En ce sens A. Dadoun, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif dans les relations commerciales », *Les Petits Affiches*, 13 avril 2011 (73), p. 17; Ph. Stoffel-Munk, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, Paris 2000, p. 329.

<sup>1110</sup> *Ibid.*, p. 139. L'art. préliminaire du Code de la consommation tel qu'il existait avant la réforme de 2016 prévoyait qu'« est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». La définition française du consommateur est similaire (tant avant qu'après la réforme de 2016) à celle du droit polonais (l'art. 22<sup>1</sup> du pLCc), du moins pour ce qui concerne la personne physique. Il faut pourtant, pour des raisons de clarté, noter que selon le droit polonais postérieur à la réforme de 2003, une personne morale n'est jamais un consommateur, alors qu'en droit français actuel « toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole » est définie comme un « non-professionnel ». Le même régime des clauses abusives s'applique pourtant tant au consommateur qu'au non-professionnel.

<sup>1111</sup> Cette spécificité du droit de la consommation, décrite par MM. Seraglini et Ortscheidt comme une « anomalie législative », cf. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 126, p. 139, n'a pas été supprimée après 2008 (la réforme du droit de la consommation ; la charge de la preuve du caractère abusif d'une clause ne pèse pas dès lors sur le consommateur, cf. *infra*). De plus, le législateur a renoncé en même temps à un catalogue des clauses potentiellement abusives en introduisant deux listes de clauses – « grises », contenant celles potentiellement illicites, et « noires » – abusives par principe (v. le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009).

juge étatique, ne suffit pas à rendre la clause « manifestement nulle » au sens de l'art. 1448 du frCPC ce qui constituerait une limite à l'effet négatif du principe de compétence-compétence dans l'hypothèse où le tribunal arbitral ne serait pas encore saisi. Du point de vue de transparence du droit de l'arbitrage face à la protection du partie faible, l'invalidation d'emblée des clauses compromissaires dans les contrats avec le consommateur, comme prévu à l'art. 2061 du frCPC dans la version qui était la sienne avant 2016, constituait alors une solution souhaitable, bien qu'elle fût à proprement parler défavorable à l'arbitrage.<sup>1112</sup>

*b. En matière internationale*

128. Le régime prévu par l'art. 2061 du frCPC n'étant pas applicable aux contrats internationaux<sup>1113</sup>, le postulat de protection du consommateur se heurte au libéralisme attribué par le droit français à l'arbitrage en matière internationale<sup>1114</sup>. L'observation vaut aussi bien pour la version de l'art. précité qui était antérieure à 2016, que pour la version qui résulte de la réforme apportée par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. ». Le principe de validité de la clause compromissoire coexiste en plus en matière internationale avec l'incertitude de l'applicabilité de l'art. 2059 du frCPC, causée notamment par le caractère relatif de la notion de libre disponibilité qui varie d'un ordre à l'autre et d'une époque à l'autre<sup>1115</sup>. Eu égard néanmoins aux coûts divers élevés, résultant d'un litige international – la nécessité de déplacement ou le risque de soumission du contrat au

---

<sup>1112</sup> Une telle solution, selon laquelle l'arbitre ne jouit pas d'une priorité pour statuer sur sa compétence en matière prud'homale, a été adoptée par la Cour de cassation en 2011, cf. Cass. soc., 30 novembre 2011, *M.E. Serant et a. c. SA Deloitte*, JCP G 2012, 843, n° 23, obs. Seraglini; *Rev. arb.*, 2012, p. 333, note Boucaron-Nardetto. Cf. également *supra* Partie II, Chapitre I, Section I et le débat en doctrine du droit polonais des sociétés sur l'effet *in favorem arbitrandum* de l'interprétation des normes du plCPC en termes des dispositions particulières.

<sup>1113</sup> Cela concerne également les contrats conclus entre un consommateur français et un professionnel étranger, v. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1997, *Jaguar France*, *Rev. arb.*, 1997, p. 537, note Gaillard ; *RCIDP* 1998, p. 87, note Heuzé ; *RTD com.*, 1998, p. 330, obs. Loquin; Cass 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 2004 *Rado*, *RTD com.*, 2004, p. 447, obs. Loquin ; *JCP G* 2004, I, 134, n°3, obs. Seraglini; *Rev. arb.*, 2005, p. 125, note Boucobza; *D.* 2004, p. 2458, note Najjar; *D.* 2005, p. 300, II-C-1, obs. Clay.

<sup>1114</sup> Cf. *supra* Partie I, Titre II, Chapitre I, Section II.

<sup>1115</sup> En ce sens Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n°644, p. 547, cf. également *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I. Pour une position contraire v. J. Billemeont, *op. cit.*, n°186, p. 129.



droit défavorable à la partie faible – le besoin de protection de cette dernière semble d’autant plus justifié<sup>1116</sup>.

129. Ensuite, l’effet négatif du principe de compétence-compétence expose fortement le consommateur au risque de renvoi devant le tribunal arbitral. Dans les affaires *Jaguar*<sup>1117</sup> et *Rado*<sup>1118</sup>, une fois les juridictions françaises saisies sur le fond par un consommateur français au motif de la nullité manifeste de la clause d’arbitrage, la Cour de cassation a approuvé dans les deux cas le renvoi des affaires devant le tribunal arbitral. La Cour a invoqué l’indépendance de la clause d’arbitrage en matière internationale sous réserve du respect des règles d’ordre public international, appliquées par l’arbitre en vue de vérifier sa compétence, notamment en cas d’arbitrabilité du litige, ceci étant contrôlé par le juge de l’annulation. Par contre, la Cour de cassation ne s’est pas prononcée définitivement sur l’arbitrabilité des litiges en question. En d’autres termes, elle « *ne semble pas considérer l’arbitrabilité de ce type de litiges comme un principe acquis* »<sup>1119</sup>. En laissant la décision d’abord aux arbitres, il est en effet attendu de ces derniers qu’ils appliquent des règles possédant le caractère de lois de police – comme le régime français concernant les clauses abusives<sup>1120</sup>. Celui-ci, énoncé par l’ancien art. L.132-1 du Code de la consommation, nécessite en réalité, pour être effectif du point de vue de la protection du consommateur, la démonstration d’un déséquilibre significatif dans la relation contractuelle. Pourtant, ni présomption du caractère abusif de la stipulation, ni le critère incertain du « déséquilibré significatif », comme nous l’avons déjà indiqué, ne sont suffisants pour prouver la nullité manifeste de la clause d’arbitrage, alors qu’à la lumière du principe de compétence-compétence en droit français, la nullité manifeste constitue l’unique

---

<sup>1116</sup> En ce sens dans la doctrine française, M. De Fontmichel, *op. cit.*, pp. 149 et s.; E. Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », In *Trav. Com., fr. DIP 2004-2006*, Pedone, Paris 2008, p. 135; Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l’arbitrage international : à la recherche de l’équilibre », *Cah. arb.*, vol. IV, Pedone 2008, p. 49 ; F. Valencia, « Parties faibles et accès à la justice en matière d’arbitrage », *Rev. arb.*, 2007, p. 45.

<sup>1117</sup> Cf. la jurisprudence *Jaguar France*, citée *supra*.

<sup>1118</sup> Cf. la jurisprudence *Rado*, citée *supra*. En l’espèce, un consommateur domicilié en France avait signé un contrat rédigé en anglais qui contenait une clause d’arbitrage imposant l’arbitrage aux États-Unis.

<sup>1119</sup> Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 653, p. 559.

<sup>1120</sup> En ce sens, S. Bollée, « Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.*, 2005, p. 225.

limite à la priorité attribuée au tribunal arbitral non saisi de se prononcer sur sa compétence (l'art. 1448 du frCPC). La portée de cet instrument de garantie, *prima facie* favorable au consommateur, est alors limitée.

130. Le contrôle éventuellement exercé par le juge de l'annulation est un remède partiellement illusoire. Même si le consommateur pouvait surmonter les difficultés financières ou géographiques pour prendre part à l'instance arbitrale, ou — d'une manière encore moins probable — pour saisir un arbitre, dont la décision lui serait ensuite défavorable, il serait ensuite peu plausible d'en obtenir l'annulation. Premièrement, la *lex fori* du juge compétent en cas de recours en annulation serait dans la majorité des cas identique à celle du siège du tribunal arbitral, étranger par rapport au régime français de protection du consommateur. Deuxièmement, même si la décision était annulée, son efficacité en France ne serait pas assurée, face notamment à la position de la jurisprudence française qui est hostile à la reconnaissance en France d'une décision étrangère annulant une sentence arbitrale, notamment internationale<sup>1121</sup>.
131. Un remède possible aux conséquences de l'effet négatif du principe de compétence-compétence a été apporté par l'arrêt *Mostaza Claro*<sup>1122</sup> qui introduit la possibilité de soulever le caractère abusif de la clause arbitrale dans les procédures post-arbitrales, sans l'avoir soulevé préalablement. Le libéralisme de cette solution paraît toutefois critiquable du point de vue de la *favor arbitrandum*. En effet, le consommateur étant conscient à l'avance de la possibilité de remise en cause de l'arbitrage au profit de la participation à la procédure devant le juge étatique, l'invocation du caractère abusif de la clause dans le recours contre la décision du tribunal arbitral ne constitue plus une

---

<sup>1121</sup> CA Paris, 29 septembre, 2005, *Bechtel*, *Rev. arb.*, 2006, p. 695, note Muir Watt, *JCP G* 2006, I, 148, n°7, obs. Seraglini; D. 2005, p. 3063, obs. Clay ; *RCDIP* 2006, p. 387, note Szekely; Cass civ., 1<sup>re</sup>, 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding et a.* *Rev. arb.*, 2007, p. 507, rapport Ancel, note Gaillard; *JDI* 2007, p. 1236, note Clay; *JCP G* 2007, I, 2016, n° 7, obs. Seraglini; *RTD com.*, 2007, p. 682, obs. Loquin; D. 2008, p. 1429, note Degos; *RCIDP* 2008, p. 109, note Bollée.

<sup>1122</sup> CJCE, 26 octobre 2006, *préc.* En l'espèce le contrat entre le consommateur espagnol et l'opérateur téléphonique contenait une clause compromissoire. Le consommateur assigné en arbitrage a décidé d'invoquer le caractère abusif de ladite clause dans le recours contre la décision du tribunal arbitral, sans le soulever préalablement au cours de l'instance arbitrale. La CJCE a reconnu une telle possibilité à la lumière de la directive 93/13/CEE.

preuve de l'ignorance de ces droits.<sup>1123</sup> Dès lors, peut-on encore présenter le consommateur comme une partie faible ? Et le sacrifice de la sécurité juridique est-il proportionnel au gain escompté ?

## ***Paragraphe 2. L'adaptation des standards de protection de la partie faible à l'arbitrage***

132. Étant donné que derrière l'idée de promotion des modes extrajudiciaires en matière de consommation reposait le besoin d'élargissement de la gamme de possibilités qu'aurait à sa disposition le consommateur dans sa lutte contre le professionnel, le législateur doit faire face au devoir contradictoire de conceptualisation des standards de protection contre l'arbitrage, même si ce dernier est supposé plus flexible que son équivalent étatique. L'arbitrage semble en effet pouvoir s'adapter aux besoins du consommateur et à la spécificité du domaine, grâce à une procédure plus rapide et moins formalisée que celle devant un juge, ce qui est une solution souhaitable et utile pour le consommateur, surtout en matière interne, lorsqu'il s'agit de litiges représentant une valeur modeste. Certes, il reste indispensable de relativiser les coûts de procédure, toutefois, eu égard aux besoins d'un consommateur non expérimenté cherchant à satisfaire ses prétentions de manière efficace dans le cadre d'une instance dépourvue d'éléments d'extranéité, les avantages de l'arbitrage paraissent surpasser ses défauts. L'impulsion qui a été donnée aux droits nationaux par le législateur communautaire dans la directive 2013/11/UE constitue un cadre d'analyse de cette problématique en droit polonais (A) et en droit français (B).

---

<sup>1123</sup> En ce sens la jurisprudence européenne *Mostaza Claro, préc.*, peut être considérée comme l'excès de protection nuisant à sa légitimité, cf. Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 127, p. 142, alors que le maintien de protection du consommateur contre les clauses abusives en matière internationale serait également envisageable en droit français par l'application des lois de police étrangères, cf. les postulats de M. Seraglini, v. Ch. Seraglini, «Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre», *op. cit.*, n° 35, p. 70. Le même effet pourrait être réalisé également par le contrôle de l'ordre public dans la sentence arbitrale, cf. la jurisprudence européenne *Asturcom Telecomunicaciones*, imposant au juge l'obligation de relever d'office le caractère abusif de la clause compromissoire dans le cas de non-participation du consommateur à l'instance arbitrale; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcon Telecomunicaciones*, C-40/08, *Rec.* 2009 p. I-9579; *JCP G* 2010, p. 644, obs. Seraglini.

## A. En droit polonais

133. Le régime du contrôle abstrait des clauses abusives a été changé par la loi du 5 août 2015<sup>1124</sup> modifiant la loi du 16 février 2007 sur la protection de la concurrence et la consommation<sup>1125</sup>. La loi de 2007 modifiée contient désormais une section III relative à l'interdiction des clauses abusives dans les contrats-types<sup>1126</sup>. Les modifications concernent surtout la procédure d'action en suppression des clauses abusives qui va dorénavant avoir un caractère administratif et dépourvu de l'attribut *d'actio popularis*. Selon le nouveau règlement, c'est désormais le Président de l'*UOKiK* qui se prononcera sur le caractère illicite d'une clause par une décision administrative. Par rapport au système judiciaire, la procédure administrative est supposée être plus courte. Au-delà de la déclaration constatant le caractère abusif de la clause, le Président de l'*UOKiK* peut également obliger l'entrepreneur à informer les consommateurs qui sont parties aux contrats-types contenant une clause abusive de la possibilité du dépôt des déclarations sur le contenu et la forme spécifiée dans la décision, ainsi qu'à publier la décision au registre de l'entrepreneur. L'art. 23 de la loi du 16 février 2007 dans sa version amendée a clarifié ensuite la question de l'autorité de chose jugée de la décision constatant le caractère abusif de la clause, sa version absolue étant jugée contraire au droit européen. Une telle décision est désormais opposable à l'entrepreneur qui a utilisé une clause non-autorisée et à tous les consommateurs qui ont conclu un contrat avec lui sur la base du modèle indiqué comme abusif<sup>1127</sup>. Le but de la réforme est ainsi d'améliorer l'efficacité de la procédure d'action en suppression des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur.

---

<sup>1124</sup> *Préc.*

<sup>1125</sup> *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów*, Dz.U. 2007 n° 50 pos. 331.

<sup>1126</sup> La loi amendée a été promulguée au Journal Officiel le 16 octobre 2015 et est entrée en vigueur le 16 avril 2016 (sauf exceptions décrites ci-dessus).

<sup>1127</sup> Contre l'autorité absolue de la chose jugée de la décision en question quant à tous les entrepreneurs, en tant que contraire au droit européen : SN, 20 novembre 2015, III CZP 17/15, OSNC 2016/4/40 et l'opinion de l'avocat général H. Saugmandsgaard Øe dans l'aff. CJUE, 21 décembre 2016, *Biuro Podróży Partner*, C-119/15, JO C 53, 20 février 2017, p. 7; *Europe* 2017 (2), p. 39, note Gazin. V. également M. Romanowski, «Prawo przedsiębiorcy do wysłuchania a uprawnienie Prezesa UOKiK do nakładania kar pieniężnych za stosowanie nieuczciwych postanowień wzorca umowy w świetle wyroku TSUE z 21.12.2016 r.», In M. Romanowski (éd.), *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwie na tle orzecznictwa TSUE*, C.H. Beck, Warszawa 2017, pp. 185 et s.

134. Quant au traitement des litiges entre les consommateurs et les commerçants qui intéressent notre démonstration de plus près, le problème doit être analysé à deux niveaux. D'un côté, il s'agit de la résolution des litiges par les méthodes extrajudiciaires *lato sensu* ce qui comprend notamment l'arbitrage de consommation (*arbitraż konsumencki*). D'un autre côté, on a affaire au régime de la clause compromissoire au sens strict applicable aux contrats auquel le consommateur est partie.
135. Dans le premier sens, les changements mentionnés ci-dessus ont été accompagnés par le lancement en juin 2016 du processus de transposition de la directive 2013/11/UE. La loi du 23 septembre 2016, transposant ladite directive, étant adoptée en septembre, est entrée en vigueur en novembre 2016 en introduisant les nouvelles dispositions relatives à l'arbitrage de consommation. Sachant que la directive en question vise à contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur par l'introduction et le maintien d'un niveau élevé de protection du consommateur, l'acte polonais met l'accent particulier sur les garanties attribuées à celui-ci. En respectant le cadre juridique général du système des modes alternatives de résolution des litiges avec les consommateurs en Pologne, la loi du 23 septembre 2016 s'applique aux litiges entre le consommateur domicilié en Pologne ou dans un État membre de l'UE et un commerçant établi en Pologne. L'instance, sur demande de consommateur ou - le cas échéant - de commerçant, se déroule devant des entités enregistrées auprès du Président de l'UOKiK, selon les règles de celles-ci.
136. Dans le second sens, la loi du 23 septembre 2016 introduit également dans le Code de la procédure civile de nouvelles dispositions portant sur les clauses compromissoires dans les contrats conclus avec le consommateur, sur les standards de protection des consommateurs lors de l'instance arbitrale et sur les nouveaux motifs d'annulation, de refus de reconnaissance et d'attribution d'exequatur à la sentence arbitrale. L'assurance de la protection d'un consommateur, engagé dans l'arbitrage en tant que partie contractante faible, est mise en évidence comme raison principale de l'exposé des

motifs de l'amendement<sup>1128</sup>. À cet égard, la nouvelle loi modifie profondément le régime de l'art. 1164 du plCPC, puisque désormais l'art. 1164<sup>1</sup> § 1 prévoit explicitement qu'une convention d'arbitrage dans les contrats conclus avec le consommateur peut uniquement prendre la forme d'un compromis et doit être faite par écrit<sup>1129</sup>. De plus, en excluant l'application de l'art. 1162 § 2 aux contrats de consommation, le nouvel art. 1164<sup>1</sup> § 1 du plCPC interdit qu'une convention d'arbitrage soit stipulée par référence dans un contrat conclu avec le consommateur. Cette solution assimile en effet le régime concernant le consommateur à celui de l'art. 1164 du plCPC concernant les contrats de travail<sup>1130</sup>. La nouvelle loi attribue dès lors aux consommateurs le même niveau de protection qui est accordée aux salariés. À cet égard, l'exclusion de l'application de l'art. 1162§2 du plCPC *in fine* qui permet au professionnel de se prévaloir d'une convention d'arbitrage par référence, semble plus cohérent avec l'art. 385<sup>3</sup> du plCc et offre certaines similitudes avec le droit français, qui n'autorise de telles clauses qu'en matière internationale<sup>1131</sup>. Il semble par contre douteux que l'exclusion de l'application de l'art. 1162§2 *ab initio* du plCPC selon lequel l'exigence d'une forme écrite de la convention d'arbitrage est également satisfaite si celle-ci est incluse dans les lettres échangées entre les parties, ou les déclarations faites par les moyens de communication à distance, adapte de manière efficace l'arbitrage au postulat de protection du consommateur<sup>1132</sup>. En fait, la conclusion d'une convention d'arbitrage avec le consommateur dans des conditions particulièrement restreintes peut devenir difficile à réaliser.

---

<sup>1128</sup> V. les motifs du projet de la loi du 23 septembre 2016, *Dz.U.* 2016 pos. 1823.

<sup>1129</sup> L'art. 1164<sup>1</sup> § 1 du plCPC prévoit qu'une convention d'arbitrage portant sur des litiges découlant des contrats auxquels le consommateur est partie, ne peut être stipulée qu'après la naissance du litige et doit être faite par écrit. Dans ce cas, l'art. 1162 § 2 du plCPC ne s'applique pas.

<sup>1130</sup> L'art. 1164 du plCPC prévoit qu'une convention d'arbitrage portant sur des litiges découlant des contrats de travail, ne peut être stipulée qu'après la naissance du litige et doit être faite par écrit. Dans ce cas, l'art. 1162 § 2 du plCPC ne s'applique pas.

<sup>1131</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 9 novembre 1993, *Société Bomar Oil N.V c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières*, *Bull. civ.*, I, n°31; *JDI* 1994, 690, note Loquin.

<sup>1132</sup> En ce sens M. Orecki, « Development of consumer arbitration in Poland – further amendments to the Polish arbitration law », *Kluwer Arbitration Blog*, 10 octobre 2016, disponible en ligne: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/10/development-consumer-arbitration-poland-amendments-polish-arbitration-law/>.

137. Le nouvel art. 1164<sup>1</sup>§2 du plCPC prévoit ensuite que la convention d'arbitrage dans les contrats de consommation doit indiquer, à peine de nullité, que les parties sont conscientes de ses effets juridiques, notamment en ce qui concerne les effets juridiques d'une sentence arbitrale ou d'une transaction conclue devant un tribunal arbitral — les effets d'une telle transaction en droit polonais étant identiques à ceux d'une transaction conclue devant une juridiction étatique. Cette disposition, quoique protectrice du consommateur, peut être considérée superflue. Il semble en effet inutile — voire préjudiciable à la clarté juridique — de doter une clause d'arbitrage de tout contenu supplémentaire propice aux difficultés d'appréciation de la validité de celle-ci. Il nous semble suffisant pour la protection du consommateur que l'art. 1164<sup>1</sup>§1 du plCPC, à l'instar du droit français, garantisse qu'une convention d'arbitrage ne puisse être valablement conclue avec le consommateur qu'après la naissance du litige<sup>1133</sup>. Il faut également noter, comme nous allons le voir ci-dessous, que même le nouvel régime de l'art. 2061 du frCc, introduit par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » ne va pas si loin, en se focalisant sur l'acceptation de la clause compromissoire et non sur l'énumération des conséquences potentiellement nuisibles de celle-ci pour le consommateur. La solution française semble mieux balancée également à cet égard.
138. Comme une nouveauté législative renforçant potentiellement le régime de protection du consommateur, la nouvelle loi introduit une autre disposition qui vise à garantir que, en cas de résolution d'un litige sur la base des principes généraux du droit ou de l'équité, le consommateur ne sera pas privé de la protection que lui accordent les règles impératives du droit (l'art. 1194 § 3 du plCPC). Même si la *ratio legis* paraît claire, la nécessité d'une telle solution pourrait être remise en question. Les règles impératives du droit, en particulier en ce qui concerne la matière de consommation touchant aux intérêts de la partie faible, devraient en effet être prises en compte sans exception, même si le cas sera résolu sur la base des principes généraux du droit ou de l'équité. Un tel choix doit être d'ailleurs indiqué de façon explicite selon l'art. 1194 § 1 du plCPC, donc il est connu par les parties. Dans le cas contraire, la sentence arbitrale risque d'être annulée comme étant contraire à l'ordre public. À cet égard, le législateur

---

<sup>1133</sup> L'opinion partagée avec celle de M. Orecki, *ibid.*

introduit un nouveau motif d'annulation d'une sentence arbitrale (l'art. 1206 § 2 al. 3 du plCPC), et un nouveau motif de refus de la reconnaissance et de l'exécution de celle-ci (l'art. 1214 § 3 al. 3 du plCPC). Ces motifs peuvent être invoqués si une sentence prive le consommateur de la protection lui étant octroyée par les règles impératives du droit applicable selon l'art. 1194 § 3.

139. Enfin, puisque c'est la première fois que les dispositions spécifiques aux consommateurs sont introduites dans les divisions du plCPC qui concernent l'arbitrage, la question de leur champ d'application se pose avec une importance accrue dans le contexte de la loi du 23 septembre 2016. Comme l'art. 1164<sup>1</sup> du plCPC a été introduit dans cet acte conformément à la loi du 23 septembre 2016, il semble raisonnable de considérer que la référence au « *litige découlant du contrat auquel le consommateur est partie* » de l'art. 1164<sup>1</sup> du plCPC doit se comprendre en relation avec la notion de « litige de consommation » mentionnée à l'art. 2 al. 3 de cette même loi. Certes, les notions sont voisines mais elles ne sont pas identiques. Par rapport au régime prévu par l'art. 1164<sup>1</sup> du plCPC, le « *litige découlant du contrat auquel le consommateur est partie* » constitue un cadre plus large que celui prévu pour « l'arbitrage de consommation ». Comme indique à juste titre un auteur, à la lumière de l'interprétation systémique et fonctionnelle de l'art. 1164<sup>1</sup> du plCPC, surtout eu égard au fait que celui-ci fait partie des dispositions générales du droit de l'arbitrage, les restrictions découlant de la loi du 23 septembre 2016 ne devraient pas concerner les contrats avec le consommateur soumis au régime du plCPC. Dans le cas contraire, la protection du consommateur prévue par l'art. 1164<sup>1</sup> du plCPC ne pourrait pas pleinement s'appliquer à la matière internationale ou à la procédure devant un tribunal arbitral non inscrit au registre du Président de l'*UOKiK*. Eu égard au niveau de protection adapté aux besoins du consommateur, il serait d'avantage justifié d'admettre que le nouveau régime du plCPC s'applique tant à l'arbitrage de consommation qu'aux contrats auxquels le consommateur est partie. Une telle conclusion ne remet pas en cause le système de l'arbitrage de consommation.

## **B. En droit français**

140. Les changements apportés par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » ne restent pas sans impact sur la protection du consommateur dans le contexte du droit de l'arbitrage. Tout



d'abord, la directive 2013/11/UE a été transposée dans l'ordre juridique français par l'ordonnance n° 2015-1033<sup>1134</sup> et le décret n° 2015-1382<sup>1135</sup> qui a introduit un régime de médiation des litiges de consommation étendu à tous les secteurs professionnels<sup>1136</sup>.

141. Ensuite, par rapport à l'ancienne version de l'art. 2061 du frCc, le nouveau texte de cet acte assure d'une manière plus claire l'efficacité de la clause compromissoire dans les contrats conclus uniquement dans le cadre d'une activité professionnelle. Cette condition est dès lors remplie si la condition concerne les deux parties au contrat. *« Lorsque l'un des deux seulement est un professionnel, ladite clause quoiqu'à priori valable, est en effet privée d'effet car déclarée inopposable au non-professionnel »*<sup>1137</sup>. L'ancien texte pouvait en effet être compris en tant qu'autorisant la clause compromissoire dans le cas où une seule des parties aurait conclu le contrat dans le cadre de son activité professionnelle, ce qui, interprété littéralement, pourrait mener à sa validation dans le contrat de consommation<sup>1138</sup>.
142. Certes, les tendances accompagnant la réforme de l'art. 2061 du frCc, visant à étendre le champ d'application de la clause compromissoire, pouvaient constituer un risque pour la partie faible<sup>1139</sup>. Mais en fin de compte, le besoin d'encadrement du régime de la clause compromissoire face aux relations contractuelles potentiellement déséquilibrées, a trouvé un double remède dans la révision de la notion de déséquilibre

---

<sup>1134</sup> L'ordonnance du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, *JO* du 21 août 2015.

<sup>1135</sup> Le décret du 30 octobre 2015 relatif à la médiation des litiges de la consommation, *JO* du 31 octobre 2015.

<sup>1136</sup> L'art. L. 152-1, étant actuellement l'art. L. 612-1 du Code de la consommation. La médiation ne remplace pas en effet le règlement des litiges par voie amiable. Le consommateur est obligé d'essayer en premier lieu de résoudre son litige directement auprès du professionnel. Ensuite, depuis la réforme de 2016, le professionnel doit proposer au consommateur la médiation en tant que mode optionnelle de résolution des litiges. Ce dernier est pourtant libre de saisir un juge.

<sup>1137</sup> X. Delpech, « Les modes alternatifs de règlement des litiges dans le projet de loi pour la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *AJ Contrats*, 2016, octobre, pp. 408 et s.

<sup>1138</sup> En ce sens Th. Clay, « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », *Droit et patrimoine*, 2002, mai, n° 104, p. 39.

<sup>1139</sup> Pendant les travaux législatifs, de nombreux amendements ont été proposés dans le but du renforcement de la protection des consommateurs face aux risques apportés par la clause compromissoire, v. Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi „Justice du XXI<sup>e</sup> siècle”.-Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016», *La Semaine Juridique Ed. Générale*, 2016, vol. 48, n°13.

significatif en tant que critère de l'abus contractuel, et dans la nouvelle formulation de l'art. 2061 al. 2 du frCc<sup>1140</sup>.

143. Depuis la réforme apportée en 2016 au droit des contrats, le concept de déséquilibre significatif est utilisé au-delà du Code de la consommation et du Code de commerce<sup>1141</sup> en devenant une notion du droit commun du contrat applicable aux contrats d'adhésion (l'art. 1171 du frCc<sup>1142</sup>). De cette façon, le lien entre le critère en question et les contrats concernant le consommateur se renforce. Mais la notion de déséquilibre significatif n'en est pas devenue plus claire pour autant. Ainsi, ne sont résolues ni la question du cadre de son analyse (clause par clause ou au regard de l'économie générale du contrat<sup>1143</sup>) ni la question de l'interférence avec le régime des clauses abusives des articles L.212-1 à L.212-3 du Code de la consommation qui, en tant que la *lex specialis*, contient également le concept de déséquilibre significatif<sup>1144</sup>.

---

<sup>1140</sup> L'art. 2061 du frCc. prévoit : « [l]a clause compromissoire doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée. Lorsque l'une des parties n'a pas contracté dans le cadre de son activité professionnelle, la clause ne peut lui être opposée », cf. *supra* Chapitre préliminaire, Section I.

<sup>1141</sup> L'ancien art. L.132-1 du Code de la consommation ; l'art. ancien et actuel L.442-6, I, 2° du Code de commerce.

<sup>1142</sup> Aux termes de l'art. 1171 du frCc : « [d]ans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

<sup>1143</sup> V. l'art. 1171 al. 2 du frCc. Sachant que ni le contrôle de l'objet principal du contrat, ni le contrôle de l'adéquation du prix à la prestation n'est envisageable selon l'art. 1171 du frCc, une telle exclusion du contrôle du juge s'inscrit dans la logique du refus de l'admission de la rescision pour lésion exprimée par l'art. actuel 1168 du frCc : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Le régime des clauses abusives du frCc modifié se calcule ainsi sur la limitation prévue en droit de la consommation.

<sup>1144</sup> L'art. 1171 du frCc ne précise pas le cadre d'analyse du déséquilibre significatif. Selon l'art. L.212-1 du Code de la consommation actuel qui constitue la *lex specialis* « le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ». Il n'est pourtant pas clair comment réconcilier cette analyse globale avec la liste des clauses présumées abusives, découlant des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, selon lesquels l'analyse s'effectue clause par clause. Il semble alors que c'est au juge de déterminer les éléments caractéristiques du déséquilibre significatif à l'égard du droit commun. Toutefois, selon la règle « le spécial déroge au général », l'art. 1171 du frCc devrait être exclu si la relation contractuelle des articles L.212-1 à L.212-3 du Code de la consommation s'appliquent à la relation contractuelle.

144. Comme le souligne en plus M. Clay eu égard à des modifications de l'art. 2061 du frCc, depuis que le critère d'admission de la clause compromissoire tend plus vers son acceptation qu'à sa validité, « ... *la clause compromissoire n'est plus le privilège des commerçants, des professionnels, des riches, des forts, etc., elle est ouverte à tous* »<sup>1145</sup>. Par conséquent, alors que la sanction de la conclusion d'une clause compromissoire hors du rapport professionnel sous l'ancien art. 2061 du frCc consistait à l'invalidier en matière interne, dans l'état actuel du droit, la clause est maintenue, n'étant pas opposable au non-professionnel.
145. Cette solution semble convaincante. D'un côté, elle protège un consommateur, d'un autre coté elle ne lui bloque pas l'accès à l'arbitrage. En effet, si le consommateur veut que le litige soit tranché par l'arbitre, rien ne l'empêche d'accepter la clause. De plus, le nouveau régime de la clause compromissoire se combine harmonieusement avec la présomption du caractère abusif de la clause compromissoire conclue avec le consommateur. Dès lors, le régime de celle-ci devient plus cohérent en droit interne, la clause n'étant plus irréfragablement illicite selon les dispositions du Code de la consommation, ni selon celles du Code civil. L'attribution au consommateur d'une telle « *option de compétence* »<sup>1146</sup>, assimile sa situation à celle de l'employé en droit international du travail<sup>1147</sup>. En revanche, elle ne fait aucunement référence au régime applicable au consommateur en matière internationale. L'art. 2061 du frCc dans sa version actuelle, comme c'était également le cas dans ses formes précédentes, ne s'applique pas à l'arbitrage international. Le principe d'autonomie de la clause exprimée par la jurisprudence *Dalico*<sup>1148</sup> veut en effet que sa version internationale ne soit soumise à aucune loi nationale, le droit français inclus. Même si M. Clay est d'avis à cet égard que « *ce qui vaut ici pour le consommateur en matière interne vaut tout autant pour le consommateur international* »<sup>1149</sup>, le libéralisme français concernant le droit de l'arbitrage en matière internationale ne nous paraît pas apporter un cadre

---

<sup>1145</sup> Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs (...) », *op. cit.*, n° 16.

<sup>1146</sup> *Ibid.*, n° 18.

<sup>1147</sup> Cf. Cass. soc., 16 février 1999, *préc.*

<sup>1148</sup> *Préc.*

<sup>1149</sup> Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs (...) », *op. cit.*, n° 18.

suffisant de protection du consommateur. La proposition d'harmonisation des deux régimes précités (harmonisation que le même auteur appelle, au demeurant, de ses vœux) nous semble plus convaincante<sup>1150</sup>, notamment si elle suit la sécurité, la flexibilité et la cohérence du régime nouvellement introduit en droit interne<sup>1151</sup>.

## SECTION II. EN DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

146. La relation entre l'arbitrage et le droit des procédures collectives repose sur un conflit des buts procéduraux<sup>1152</sup>. Du point de vue des objectifs de la procédure d'arbitrage, un tel conflit fait obstacle à un déroulement efficace de l'instance. Pour le système de justice étatique, l'arbitrage peut à son tour aller à l'encontre de la compétence exclusive<sup>1153</sup> et constituer « *une perturbation de l'équilibre recherchée par le législateur entre les fonctions liquidatives, sociales et économiques de la procédure d'insolvabilité* »<sup>1154</sup>. Contrairement au droit de la consommation étudié ci-dessus, il ne s'agit plus de l'existence de la relation contractuelle déséquilibrée qui pose des limites à l'arbitrabilité et à la convention d'arbitrage. Dans la matière en question le problème concerne un conflit entre les intérêts des utilisateurs de l'arbitrage, cherchant à résoudre leur litige d'une manière rapide et confidentielle, et les objectifs des procédures collectives, veillant sur l'intérêt général dans le secteur du circuit économique en question.

147. Indépendamment de la politique législative qui, afin de protéger l'intérêt général, soit rattache les règles des procédures collectives à l'ordre public économique de direction

---

<sup>1150</sup> *Ibid*, n° 23

<sup>1151</sup> Il faut noter également que la CJUE a interprété à nouveau l'art. 6, paragraphe, 1 de la directive 93/13/CEE dans les affaires jointes C-154/15, C-307/15 et C-308/15 ; CJUE, 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, Banco Popular Español*, aff. jtes C-154/15, C-307/15, 308/15, JO C 53, 20 février 2017 p. 8; *Europe* 2017 (2), pp. 39 et s., note Gazin. Le problème de la responsabilité du Président de l'UOKiK dans le contexte du droit polonais a été analysé dans l'affaire CJUE, 21 décembre 2016, C-119/15, *préc.*

<sup>1152</sup> V. Lazic, *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1998, pp. 35 et s.

<sup>1153</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.*, 1998, p. 471. La compétence judiciaire exclusive s'impose en effet à l'arbitrage.

<sup>1154</sup> D. Vidal, « Procédure collective et procédure d'arbitrage : quelle rencontre ? » *Gazette du Palais*, 31 oct. 2009, n° 304, p. 3.

pour maintenir l'activité du débiteur, soit préserve les droits des créanciers, de telles règles impératives concernent l'ordre public du fond. Par conséquent, le recours à l'arbitrage n'est pas entièrement exclu<sup>1155</sup>. La présence des règles d'ordre public juridictionnel en ce domaine<sup>1156</sup>, comme c'est le cas notamment de l'objectif de coordination de gestion de tous les litiges concernant la procédure collective, démontre surtout l'importance du choix de politique juridique justifiant l'inarbitrabilité, mais pas forcément l'absence d'*imperium* de l'arbitre en tant que tel. Dans le cas contraire, il devrait être admis que les principes régissant les procédures collectives prévalent sur les régimes de l'arbitrage, les conventions d'arbitrage étant par conséquent considérées comme nulles et inefficaces face à la soumission d'une partie à la procédure de faillite<sup>1157</sup>.

148. *Prima facie*, l'arbitrabilité peut être en présence des normes d'ordre public et de la compétence exclusive d'un juge étatique. L'étude du droit comparé et nos analyses précédentes démontrent pourtant que les obstacles susmentionnés n'ont de caractère décisif (**Paragraphe 1**). C'est davantage l'efficacité de la convention d'arbitrage portant sur un litige arbitral qui paraît problématique face à la survenance d'une procédure collective. Le récent exemple de la réforme polonaise jette rétrospectivement la lumière sur les motifs du législateur choisissant la voie de la confrontation et du conflit entre l'arbitrage et les procédures d'insolvabilité. À l'instar d'autres ordres juridiques, comme le droit français, c'est pourtant la coordination des procédures collectives et celles de l'arbitrage qui semble préférable du point de vue de la *favor arbitrandum*, de la stabilité de l'instance et de l'internationalisation des transactions (**Paragraphe 2**).

---

<sup>1155</sup> En ce sens Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op.cit* , p. 471; B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n°288, p. 181 ; J. B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 188.

<sup>1156</sup> En ce sens D. Vidal, « Procédure collective (...) », *op. cit.*, p. 3 ; J. Billemont, *op. cit.*, n° 175, p. 122.

<sup>1157</sup> A. Wald, « Arbitrage et insolvabilité : les questions controversées au Brésil et en Amérique latine », *Cah. arb.*, 2010, 2, pp.391 et s.

### ***Paragraphe 1. L'arbitrabilité en matière de faillite***

149. Le terme de faillite employé dans cette section doit être conçu *lato sensu* et se réfère aux procédures collectives du redressement, de la sauvegarde et de la liquidation judiciaires. La question liminaire de l'arbitrabilité résulte dans cette matière directement du conflit mentionné ci-dessus entre l'arbitrage et les procédures collectives. Alors que ce premier sert à résoudre un litige, le rôle de ces dernières est surtout de réorganiser des actifs et la sauvegarde ou l'exécution des biens d'une entreprise en difficulté<sup>1158</sup>. Ce conflit pourrait être, selon Ph. Fouchard, résolu plus facilement par des méthodes non juridictionnelles, comme un règlement amiable des difficultés des entreprises, introduit en France depuis 1984<sup>1159</sup>. Comme le souligne pourtant B. Hanotiau, est notamment arbitrable une partie des litiges contractuels « *qui peuvent naître entre le débiteur et le tiers* »<sup>1160</sup>. Il faudrait donc chercher des obstacles à l'arbitrabilité ailleurs. Ce qui représente un problème à cet égard, c'est pourtant l'impossibilité de détermination précise du champ des litiges inarbitrables. Il s'agirait ici des questions caractéristiques du rôle accordé aux procédures collectives. B. Hanotiau définit ainsi comme inarbitrables les litiges « *nés de la faillite* », ceux sur lesquels « *l'état de faillite exerce une influence juridique* » ou, à l'instar du droit belge, les différends « *dont les éléments de solution résident dans le droit particulier qui concerne le régime des faillites et des concordats judiciaires* »<sup>1161</sup>.

150. La littérature de droit comparé se réfère dans ce contexte à la notion des « *core issues* » étant le noyau dur de l'inarbitrabilité de la matière<sup>1162</sup>. Selon cette approche ne sont pas reconnues arbitrables les questions relevant directement du domaine des procédures collectives, portant à titre d'exemple sur la nomination des fiduciaires, la

---

<sup>1158</sup> V. Lazic, *op. cit.*, p. 15; Ch. Liebscher, «Insolvency and Arbitrability», In L. Mistelis, S. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, *op. cit.*, p. 165

<sup>1159</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 473.

<sup>1160</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 294, p. 183. En ce sens l'auteur fait référence à l'opinion de P. Ancel, v. P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.*, 1987, p. 128.

<sup>1161</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 291, p. 182.

<sup>1162</sup> *Ibid.*, p. 165 et s. L'auteur se réfère aux analyses de F. Mantilla-Serrano portant sur la jurisprudence de la CCI.

réorganisation de l'entreprise, les jugements d'ouverture et de la clôture des procédures collectives, les matières de contrôle et les infractions pénales, la vérification et l'inventorisation de la masse<sup>1163</sup>. Eu égard au caractère imprécis de ce catalogue, il n'est pas surprenant qu'il soit « *variable dans le temps* », comme la notion même de l'arbitrabilité<sup>1164</sup>. Nous ne pouvons pas à cet égard donner toutefois raison à Mme Lazic qui suggère que cette variation concerne également le changement de statut de litige devenant « inarbitrable » après l'ouverture de procédure d'insolvabilité<sup>1165</sup>. La convention d'arbitrage conclue antérieurement à la survenance d'une faillite devrait en effet porter sur un litige arbitral<sup>1166</sup>. L'étendue des questions « pures » de faillite dépend davantage soit du caractère impératif attribuée par la jurisprudence aux normes régissant des procédures collectives, soit de la politique juridique poursuivie par le législateur quant à la compétence exclusive des organes étatiques. Dans le deuxième cas le champ de l'arbitrabilité peut être plus large et fluctuant dans le temps.

151. Pour clarifier à un certain point où se trouve la frontière entre le pouvoir juridictionnel de l'arbitre et les objectifs des procédures collectives, la loi prévoit des restrictions basées sur les considérations d'ordre public<sup>1167</sup>. Le droit français, qui réglementait les procédures collectives auparavant par le décret du 27 décembre 1985, remplacé actuellement par le Livre VI du Code de commerce peut servir ici d'exemple, eu égard à l'interdépendance de l'arbitrabilité et l'ordre public particulièrement mise en exergue par la jurisprudence dans le domaine de l'arbitrage international. La Cour d'appel de Paris<sup>1168</sup>, en analysant l'arbitrabilité d'un litige portant sur le rachat d'actions, suivant la faillite de la société ou la cessation des paiements, a observé, conformément à la notion restreinte de l'ordre public, que l'application des normes de celui-ci n'exclut

---

<sup>1163</sup> *Ibid*, p. 166; V. Lazic, *op.cit.*, pp. 154 et s.

<sup>1164</sup> V. not. P. Level, *op. cit.*, p. 230.

<sup>1165</sup> V. Lazic, *op. cit.*, p. 157. L'auteur admet toutefois que la question de statut de la matière litigieuse est plus complexe: « (...) *seem to raise the question of the influence of the insolvency laws on the conduct of arbitral proceedings, rather than the question of arbitrability* », v. *ibid*, p. 158.

<sup>1166</sup> En ce sens, à juste titre, dans la littérature polonaise W. Sadowski, « Ogłoszenie upadłości a zapis na sad polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze », *ADR* 2008 (2), p. 159.

<sup>1167</sup> P. Ancel, « Arbitrage et procédures collectives après (...) », *op.cit.*, p. 127.

<sup>1168</sup> CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette, préc.*

pas l'arbitrabilité des litiges<sup>1169</sup>. De surcroît, la force de cet argument est renforcé par le principe de compétence-compétence, attribué au tribunal arbitral quant à l'appréciation de l'applicabilité à la matière litigieuse du régime français des procédures collectives (en l'espèce l'interdiction de cession des parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale par les dirigeants sociaux à compter du jugement d'ouverture<sup>1170</sup>). Par conséquent, dans la matière internationale la Cour d'appel de Paris a considéré arbitrable un litige portant sur les droits des parties en cas de l'insolvabilité de l'une d'elles.

152. En matière interne, un obstacle fréquent à l'arbitrabilité apparaît sous forme des dispositions prévoyant la compétence contentieuse exclusive. Il s'agirait dans ce cas toutefois des normes d'ordre public uniquement juridictionnel. La doctrine et la jurisprudence française ne la considèrent pas, déjà sous le régime de l'art. 174 du décret de 1985 abrogé, comme un obstacle insurmontable à la compétence de l'arbitre<sup>1171</sup>. Comme le précise Ph. Fouchard, « *[l]e fondement de l'inarbitrabilité doit être bien compris. L'inarbitrabilité ne résulte pas du caractère impératif de ces règles ; elle tient simplement à ce que leur objet est étroitement lié à l'organisation de la faillite. La cohérence de leur application suppose que celle-ci soit assurée de manière centralisée, par une seule juridiction. Une fois de plus, l'inarbitrabilité d'un litige ne tient donc pas à l'intervention de l'ordre public, mais à la réservation expresse d'un contentieux à une juridiction étatique déterminée* »<sup>1172</sup>. Actuellement, la compétence dans la matière est attribuée au tribunal de commerce par l'art. L. 621-2 et R. 662-3 du Code de commerce<sup>1173</sup>. Sont ainsi exclus de l'arbitrage – à titre d'exemple – les différends portant sur l'ouverture d'une procédure, sur la nullité de la période suspecte ou sur une

---

<sup>1169</sup> Cf. également l'analyse de J. Billemont, *op. cit.*, n°174.

<sup>1170</sup> Actuellement l'art. L. 631-10 du Code de commerce.

<sup>1171</sup> Cf. V. Lazic, *op. cit.*, pp. 161 et s.; v. également *infra*.

<sup>1172</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, n° 17, p.477.

<sup>1173</sup> L'art. R. 662-3 du Code de commerce prévoit que : « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement et la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'art. L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance* ».



action en comblement de passif contre un dirigeant de fait<sup>1174</sup>. Même si, par conséquent « *il est constant en France que l'arbitre est incompétent pour règle spécifique de la faillite*<sup>1175</sup> » dans le sens de l'ordre public de fond, les règles d'ordre public juridictionnel, bien qu'enracinées par l'intérêt général justifiant la gestion « *centralisée* » des procédures collectives, ne semblent pas être directement dirigées « *contre l'arbitrage* »<sup>1176</sup>.

153. Ce problème, vraisemblablement plus nuancé en droit français, eu égard au libéralisme de l'arbitrage international, est en effet très répandu en droit comparé. La plupart des ordres juridiques attribuent une compétence exclusive aux tribunaux ordinaires spécialisés, notamment les tribunaux de commerce. En droit polonais, le régime de l'arbitrabilité objective ne diffère pas significativement à cet égard de règles mentionnées ci-dessus et il est notamment limité par la compétence exclusive de la juridiction spécialisée en procédures collectives, conformément à l'art. 18 de la loi relative à la faillite et le redressement judiciaire du 15 mai 2015 (PrUpad)<sup>1177</sup>. A titre d'exemple c'est le cas de la procédure de la déclaration de faillite (Titre II de la PrUpad), l'interdiction de l'exercice de l'activité commerciale (articles 373 et 374 de la PrUpad lus à la lumière de son art. 376), la procédure de faillite contre les personnes physiques n'exerçant pas de l'activité commerciale (l'art. 491<sup>3</sup> de la PrUpad), l'action en distraction des biens de la masse (l'art. 74 al. 2 de la PrUpad). Par rapport au droit français, la doctrine polonaise semble attribuer par contre à cet égard un rôle plus important à la compétence exclusive. Elle semble constituer une limite suffisante de l'arbitrabilité, le contrôle du juge de l'annulation garantissant la conformité au droit de l'instance arbitrale<sup>1178</sup>.

---

<sup>1174</sup> CA Orléans, 8 mars 2001, *Rev. arb.*, 2002, obs. Fouchard.

<sup>1175</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité (...) », *op. cit.*, n° 292, p. 182.

<sup>1176</sup> En ce sens J. Billemont, *op. cit.*, n° 175, p. 122.

<sup>1177</sup> Initialement, la loi du 28 février 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Dz.U. 2003 n° 60 pos. 535, ci-après la PrUpadNap. A partir du 1er janvier 2016 cette loi modernisée porte le nom *Prawo upadłościowe*, Dz. U. 2015 pos. 978, l'art. 428 ; ci-après la PrUpad. L'art. 8 de la PrUpad prévoit la compétence du tribunal de commerce en fonction de juridiction de faillite.

<sup>1178</sup> W. Sadowski, « Upadłość w międzynarodowym arbitrażu handlowym – aspekty praktyczne », *Biuletyn Arbitrażowy*, 2009, 10(4), p. 73 ; L. Lévy, « Insolvency in Arbitration (Swiss Law) », *International Arbitration Review* 2005 (1), p. 28 ; en ce sens également A. Susfał, *op. cit.*, p. 161.

154. Le critère de l'arbitrabilité, peut-il – à la lumière des remarques mentionnées ci-dessus – différencier des ordres juridiques étudiés par rapport à l'ouverture du domaine de l'insolvabilité à l'arbitrage ? Cela est douteux à notre avis. L'argument de la compétence exclusive peut naturellement aller à l'encontre tant de la libre disponibilité que la transigibilité de l'objet litigieux<sup>1179</sup>. Même dans les ordres juridiques où le critère de l'arbitrabilité repose sur la patrimonialité qui reflète bien la nature des litiges en question, le critère de l'arbitrabilité ne change pas le décalage entre la nature de l'arbitrage et les procédures collectives centrées sur les considérations d'ordre public<sup>1180</sup>. Plus résistant à « *l'impérialisme du droit de la faillite* »<sup>1181</sup> semble à cet égard le droit allemand qui, contrairement à l'art. R. 662-3 du Code de commerce français, ne prévoit pas de prorogation de compétence au profit du tribunal de la procédure collective. De plus, le principe *vis attractiva concursus* (l'accumulation de toutes les procédures auxiliaires à l'insolvabilité devant la cour qui a ouvert la procédure collective) ne s'applique pas, ce qui concerne également l'instance arbitrale se déroulant en Allemagne. La compétence exclusive des juridictions spécialisées étant par conséquent limitée au maximum, des litiges découlant de l'insolvabilité sont davantage arbitrables<sup>1182</sup>. L'affirmation selon laquelle le critère patrimonial du litige arbitral serait à l'origine de cette ouverture à l'arbitrage paraît pourtant excessive<sup>1183</sup>.

---

<sup>1179</sup> Un exemple a été évoqué par un auteur à l'égard des biens de la masse sous régime des ordres juridiques en Amérique latine, v. A. Wald, *op. cit.*, n°17.

<sup>1180</sup> En droit suisse l'ordre public semble empêcher l'arbitre à trancher les questions relatives à l'insolvabilité, v. L. Lévy, « Insolvency in Arbitration (...) », *op. cit.*, p. 23.

<sup>1181</sup> Expression utilisée par Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 472.

<sup>1182</sup> Ch. V. Lazic, *op. cit.*, pp. 163 et s.

<sup>1183</sup> L'opinion contraire semble être partagée par Ch. Liebscher, « Insolvency and Arbitrability », *op. cit.*, p. 173.

***Paragraphe 2. La rencontre de la procédure arbitrale et de la procédure de l'insolvabilité à l'épreuve de l'efficacité de la convention d'arbitrage***

155. Bien que l'incompatibilité spécifique entre les différends relatifs à l'insolvabilité et l'arbitrage n'existe pas<sup>1184</sup>, l'asymétrie entre l'arbitrage et la faillite n'est pas illusoire. Elle est « *compréhensible* »<sup>1185</sup> eu égard à l'organisation des procédures collectives « *en vue de faire prévaloir un certain nombre d'intérêts généraux* »<sup>1186</sup>.
156. Ce qui peut, par contre, poser un problème en pratique est le champ d'application de la convention d'arbitrage. Un cocontractant du débiteur en difficulté peut se retrouver réclamer ses droits devant un organe de la procédure collective, alors qu'il a déjà signé une convention d'arbitrage éventuelle avec ce dernier<sup>1187</sup>. Nous pouvons donc voir que l'efficacité de la convention d'arbitrage dans la matière de faillite, non seulement son opposabilité, mais sa raison d'être dans le sens général après la survenance de faillite, constitue une question centrale du rapprochement éventuel de l'arbitrage et les procédures collectives. C'est sur la base de cette constatation que nous allons construire la démonstration suivante.
157. La primauté des règles de la faillite sur celles de l'arbitrage semble manifeste. Force serait donc, dans le contexte de notre étude, de se demander à quel point la survenance d'une procédure collective paralyse la procédure arbitrale. Deux hypothèses doivent être prises en considération – la convention d'arbitrage a été stipulée antérieurement à la déclaration de faillite (et le jugement de procédure collective) ou la stipulation de la convention d'arbitrage a lieu postérieurement à ceux-ci. Il faut en outre préciser que la première hypothèse possède deux variantes – la survenance de faillite (concernant le demandeur ou le défendeur) a lieu après la constitution du tribunal arbitral (l'instance arbitrale est déjà en cours), ou inversement – la procédure collective (contre le

---

<sup>1184</sup> En ce sens *ibid*, n°175, p. 122.

<sup>1185</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, p. 472.

<sup>1186</sup> *Ibid.*, p. 472.

<sup>1187</sup> V. J. Billemeont, *op. cit.*, n° 175, p. 123 avec la jurisprudence citée.

demandeur ou le défendeur) étant déjà en cours, l'une des parties veut former la demande d'arbitrage, soulevant l'existence de la convention d'arbitrage.

158. Le phénomène pourrait être analysé également sous l'angle de l'incapacité particulière à compromettre du débiteur en faillite, une telle approche concerne pourtant uniquement la conclusion de la convention d'arbitrage postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective<sup>1188</sup>. Pour toutes les autres hypothèses, le risque d'un tel regard sur le problème a été mis en exergue par l'affaire *Vivendi SA et al. c. Deutsche Telecom AG et al.* de 2009<sup>1189</sup>. Nous partageons l'argument qu'en effet la faillite ne prive pas le débiteur ni de sa capacité juridique, ni de la capacité d'ester en justice, mais limite uniquement sa qualité pour agir par la perte de *disposition des actifs de la masse*<sup>1190</sup>. De plus, l'étendue *rationae personae* d'une convention d'arbitrage s'appliquerait uniquement aux conventions valides ce qui n'est pas toujours le cas de notre analyse<sup>1191</sup>. Ainsi, il nous paraît opportun de souligner le caractère inadéquat de référence à toute forme de « l'inarbitrabilité subjective ». Eu égard finalement à l'intérêt de l'étude du présent chapitre et son lien direct avec l'efficacité de la convention d'arbitrage en tant que telle, nous allons concentrer notre réflexion surtout sur cette dernière.
159. L'exemple du droit polonais démontre que la résolution constructive du conflit entre l'arbitrage et la faillite ne repose pas sur l'élimination radicale de la convention d'arbitrage du régime des procédures collectives (**A**). L'objectif de l'adaptation l'un à l'autre des domaines en question peut par contre être atteint par la mise en œuvre des mesures de protection, comme c'est le cas en droit français (**B**).

---

<sup>1188</sup> En ce sens Ch. Seraglini, J. Ortscheidt, *op. cit.*, n° 89, p. 100.

<sup>1189</sup> Tribunal fédéral suisse, 31 mars 2009, *préc.*, v. not. D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess, Zürich 2016, n° 1335, p. 332, cf., *infra*.

<sup>1190</sup> En ce sens, not. W. Sadowski, «Ogłoszenie upadłości a zapis na sąd polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze», *ADR (2)*, 2008, p. 159.

<sup>1191</sup> S. Vorburger, *International arbitration and cross-border insolvency. Comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014, pp. 98 et 145.

## A. La confrontation maîtrisée des procédures en droit polonais

160. Contrairement à la plupart des solutions adoptées par d'autres ordres juridiques, les articles 142 et 147 de la loi du 28 février 2003 r. *Prawo upadłościowe i naprawcze* (PrUpadNap), mentionnée ci-dessus, prévoyait *expressis verbis* jusqu'à 2016, dans les cas de la liquidation et le redressement judiciaires, l'inefficacité *ex officio* de la convention d'arbitrage stipulée par une partie devenue insolvable et la clôture de l'instance arbitrale étant déjà en cours, indépendamment du fait si la procédure collective frappe le défendeur ou le demandeur dans l'instance arbitrale<sup>1192</sup>. L'amendement introduit par la loi PrUpad, entré en vigueur en janvier 2016, a abrogé le régime précédent, ce qui a des répercussions tant sur la faillite interne (1) qu'internationale (2).

### 1. L'appréciation des solutions polonaises en matière de faillite interne

161. Le législateur polonais justifiait les solutions du régime précédent de la PrUpadNap par le caractère de la juridiction privée et la possibilité de juger en équité en tant qu'amiable compositeur<sup>1193</sup>. Le principe de protection des créanciers justifiait, selon le législateur, la soumission des litiges aux cours étatiques.<sup>1194</sup> L'inefficacité de la convention d'arbitrage prenait effet directement à partir du moment de la déclaration de faillite et non après qu'elle soit passée en force de chose jugée. Le caractère inefficace de la convention d'arbitrage était par conséquent définitif dès la déclaration de faillite. Le régime de la PrUpadNap ne s'est pas prononcé par contre sur le sort de la convention d'arbitrage après la clôture de procédure collective. De plus, il n'a pas différencié les résultats de la privation de la convention de son effet juridique selon la forme de sa conclusion. Le même régime, applicable au compromis et la clause

---

<sup>1192</sup> W. Sadowski, «Ogłoszenie upadłości a zapis na sad polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze», *op. cit.*, p. 153.

<sup>1193</sup> L'exposé des motifs du projet d'amendement de la loi PrUpadNap et la loi sur les frais de justice dans les affaires civiles, Document parlementaire, IV législature, n° 831.

<sup>1194</sup> M. Geronim, A. Hrycaj, «Wpływ postępowania restrukturyzacyjnego na postępowanie cywilne, administracyjne, przed sadami polubownymi oraz postępowania egzekucyjne (procesowe skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego)», In *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, vol. 6, A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (éd.), n°121, p. 247.

d'arbitrage, avait probablement pour but de renforcer encore plus l'effet radical de la solution précédente<sup>1195</sup>. L'objectif était surtout d'exclure la soumission à l'arbitrage de tous les litiges survenus avant la faillite.<sup>11961197</sup>.

162. L'hostilité du législateur polonais par rapport à l'arbitrage a atteint dans la matière étudiée le niveau presque caricatural. L'hypothèse que les arbitres ne sont pas capables de résoudre des litiges complexes, causés par la faillite, puisqu'ils ne sont pas obligés à appliquer le droit matériel de manière stricte<sup>1198</sup>, implique la conclusion que les sentences arbitrales peuvent être contraires à la loi, défavorables à la masse de faillite et des intérêts des créanciers<sup>1199</sup>. De plus, les décisions arbitrales, prises conformément à l'équité, pourraient, selon ces hypothèses, nuire à la situation de la masse. Ce positionnement est difficile à comprendre. Comme le soutient par contre à juste titre de nombreux représentants de la doctrine<sup>1200</sup>, le régime précédent de la PrUpadNap, peut se tourner facilement contre les créanciers. En effet, les coûts et les efforts liés à la procédure menée par un créancier polonais contre son débiteur étranger peuvent être entièrement anéantis à la veille de sa victoire éventuelle, dans le cas de sa faillite. Un auteur se demande à cet égard, quelle seront donc les bénéfices de la masse de faillite<sup>1201</sup>. Notamment, le principe *actor sequitur forum rei* obligerait dans cette situation le liquidateur judiciaire à recommencer la procédure contre le débiteur étranger.

---

<sup>1195</sup> En ce sens, *ibid.*, p. 248.

<sup>1196</sup> Même si le contrat principal survit à la faillite, la convention d'arbitrage reste inefficace, selon le principe de séparabilité de celle-ci, v. M. Porzycki, « Upadłość strony postępowania arbitrazowego », In *System prawa handlowego*, vol. 8, 2015, p. 252.

<sup>1197</sup> Une telle solution est pourtant adoptée en droit anglais. Selon l'art. 349a de l'*Insolvency Act* de 1986, la faillite ne prive pas directement la convention d'arbitrage de son effet. La convention d'arbitrage partage toutefois le sort du contrat principal.

<sup>1198</sup> En ce sens A. Jakubecki, In A. Jakubecki, F. Zedler, *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Zakamycze, Kraków 2003, pp. 389 et s.

<sup>1199</sup> *Contra*, M. Tomaszewski, « Umowa o arbitraż », In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8, *op.cit.*, n° 188, p. 392.

<sup>1200</sup> *Ibid.*, pp. 392 et s.; T. Ereciński, K. Weitz, *Sad arbitrazowy*, *op. cit.*, p. 162; W. Sadowski, « Ogłoszenie upadłości a zapis na sad polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze », *op. cit.*, pp. 153 et s.; R. Morek, *Mediacja i arbitraż (...)*, *op. cit.*, p. 1666; P. Fragon, In A. Witosz (éd.), *Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2007, p. 220.

<sup>1201</sup> L'exemple indiqué par M. Tomaszewski, « Umowa o arbitraż », In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8, *op.cit.*, n° 189, p. 393.

163. La forte critique doctrinale du régime de la PrUpadNapr a mené à la réforme de celui-ci. Dès lors la loi PrUpad, entrée en vigueur le 1 janvier 2016, ne prévoit, ni aucune forme de l'inefficacité de la convention d'arbitrage stipulée par une partie devenue insolvable, ni la clôture de l'instance arbitrale étant déjà en cours. L'art. 142 de la PrUpadNapr étant abrogé, la disposition de l'art. 147 de la PrUpad dans sa nouvelle version a été complétée par les articles 174§1 al. 4 et 5 et l'art. 180§1 al. 5 du pICPC modifiés. Désormais, après la déclaration de faillite, les procédures arbitrales portant sur la masse de faillite peuvent être introduites et menées uniquement par un liquidateur judiciaire ou contre lui. L'instance déclenchée avant la faillite du défendeur, portant sur la créance imputable de la masse de faillite sera suspendue *ex officio* et peut être reprise contre le liquidateur uniquement si la créance n'a pas été déclarée au cours de la procédure de liquidation judiciaire. Quant aux instances arbitrales qui n'ont pas été introduites antérieurement à la déclaration de faillite, conformément à nouvel art. 147<sup>a</sup> de la PrUpad, le liquidateur judiciaire, avec l'autorisation du juge-commissaire, peut renoncer à la convention d'arbitrage si la procédure arbitrale empêche la liquidation judiciaire. La partie opposée peut renoncer à la convention d'arbitrage, si le liquidateur, malgré la non-renonciation à la convention, a refusé de participer aux coûts de la procédure devant le tribunal arbitral. La renonciation résulte en perte de sa force obligatoire *ex nunc*<sup>1202</sup>. Les nouvelles solutions polonaises seront dès lors comparables avec les dispositions françaises.

## ***2. L'appréciation des solutions polonaises en matière de faillite internationale***

164. Les défauts du régime polonais abrogé de la PrUpadNapr se sont manifestés également dans les affaires de l'arbitrage international avec la participation des sociétés polonaises. La présence des éléments d'extranéité se chevauchent ici avec la nature de la convention d'arbitrage stipulée par une partie en difficulté ce qui pose un problème de qualification du droit applicable. La difficulté similaire se manifeste rarement dans les autres ordres juridiques. Toutefois, pour compléter la description du phénomène,

---

<sup>1202</sup> *Ibid.*, n°191, p.394.

nous allons enrichir notre démonstration par deux affaires internationales, où les dispositions du droit letton et portugais ont mené à la survenance des problèmes comparables contre lesquels les solutions diverses ont dû être adoptées.

165. Prenons comme l'exemple la sentence arbitrale dans l'affaire traitée sous l'égide de la SCC - l'Institut d'Arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm de 2006<sup>1203</sup>, dans laquelle un tribunal arbitral siégeant à Helsinki a tranché un litige entre un demandeur suédois et un défendeur letton insolvable en appliquant la *lex loci arbitri* à la convention d'arbitrage de la SCC. Même si selon la loi lettonne les cours étatiques lettonnes exercent la compétence exclusive dans les affaires portant sur les entités lettonnes insolubles<sup>1204</sup>, le tribunal arbitral s'est prononcé positivement sur l'arbitrabilité du litige selon le droit finnois et sur sa propre compétence. L'application de la *lex arbitri* par le tribunal arbitral siégeant à Helsinki a permis en effet de contourner des dispositions lettonnes défavorables à l'arbitrabilité ce qui a permis la continuation de l'instance arbitrale.
166. Ensuite, le problème spécifique du droit polonais apparaît dans une série de décisions concernant une société polonaise insolvable *Elektrim*. Dans l'affaire *Syska & Elektrim S.A. c. Vivendi et al.* de 2008<sup>1205</sup>, le tribunal arbitral statuant sous l'égide de la LCIA à Londres le 12 février 2009 a tranché un litige entre le demandeur français *Vivendi* et la partie défenderesse polonaise insolvable *Elektrim* en rejetant des objections concernant l'inarbitrabilité de litige, découlant de la loi polonaise. La juridiction anglaise saisie

---

<sup>1203</sup> Décision finale de 2006 de l'affaire SCC O53/2005, *Stockholm Int'l Arb.*, Rev. 2007, pp. 6 – 50, obs. Wallgren, Lindegaard, Franke, Runesson; commentée par S. Brekoulakis, « Law applicable to arbitrability : revisiting the revisited lex fori », In L. Mistelis, B. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability (...)*, op. cit., pp. 114 et s.

<sup>1204</sup> Cf. l'art. 487 al. 8 du Code de procédure civile letton, selon lequel il n'est pas possible d'introduire l'instance arbitrale si la faillite d'une partie a été déclarée préalablement. Cette disposition porte néanmoins surtout sur l'inarbitrabilité des litiges: « Any civil dispute may be referred for resolution to an arbitration court with the exception of a dispute (...) regarding rights and obligations of the persons who have been declared insolvent before the arbitration awards is passed », v. la traduction anglaise in S. Brekoulakis, « Law applicable to arbitrability », op. cit., pp. 114 et s.

<sup>1205</sup> High Court of Justice, 2 octobre 2008, *Syska c. Vivendi Universal S. A.* EWHC 2155 (Comm.); *Gazette du Palais* 2009 (300), p. 5, obs. Baizeau; v. également Court of Appeal (England and Wales), 9 juillet 2009, *Syska c. Vivendi Universal S. A.*, 2009 EWCA Civ 677; 2009 2 CLC 10; *Gazette du Palais* 2009 (300), p. 5, obs. Baizeau.



ensuite a appliqué la *lex fori* conformément au règlement (CE) n° 1346/2000<sup>1206</sup> pour statuer sur les effets de l'insolvabilité de la partie polonaise<sup>1207</sup><sup>1208</sup>. En conséquence, *Elektrim* a perdu le procès. Dans l'affaire analogue entre *Vivendi* et *Elektrim*, le tribunal arbitral statuant sous l'égide de la CCI le 21 juillet 2008 en Suisse a suspendu la procédure arbitrale raisonnant cette fois-ci dans les termes de capacité à compromettre, perdue par *Elektrim* à la lumière du droit polonais, par suite de son insolvabilité. Le Tribunal fédéral suisse saisi ensuite a confirmé la sentence arbitrale par une sentence rendue dans l'affaire susmentionnée *Vivendi c. Deutsche Telecom AG* de 2009<sup>1209</sup>. Dans l'affaire sous l'égide de la CCI du 23 novembre 2011, le tribunal arbitral siégeant en Suisse et statuant sur un litige contre le défendeur portugais insolvable n'a pas par contre appliqué la loi portugaise prévoyant l'incapacité à compromettre des parties insolubles. Le Tribunal fédéral suisse, saisi ultérieurement, a confirmé la décision arbitrale par une sentence du 16 octobre 2012<sup>1210</sup>.

---

<sup>1206</sup> Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 160 du 30.6. 2000, p. 1).

<sup>1207</sup> Selon l'art. 4 – II al f. du règlement 1346/2000 « [l]a loi de l'État d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité. Elle détermine notamment : les effets de la procédure d'insolvabilité sur les poursuites individuelles, à l'exception des instances en cours ». L'art. 15 du même règlement prévoit par contre que « [l]es effets de la procédure d'insolvabilité sur une instance en cours concernant un bien ou un droit dont le débiteur est dessaisi sont régis exclusivement par la loi de l'État membre dans lequel cette instance est en cours. ». La solution adoptée par la Haute Cour de justice du 2 octobre 2008 semble être partagée par la doctrine tant anglaise que polonaise, v. M. Geronim, A. Hrycaj, *op. cit.*, n°142, p. 254. Cf. pourtant l'opinion contraire de la doctrine tchèque dans les affaires similaires; la décision de la Cour d'arbitrage auprès de la Chambre Commerciale de la République Tchèque et de la Chambre de l'Agriculture de la République Tchèque du 15 janvier 2008, l'affaire n° 135/2006, v. not. A. J. Belohlavek, T. Profeldova, « Czech Republic », In *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. I ; *The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration*, JurisNet, New York 2011, pp. 348 et s.

<sup>1208</sup> Il faut noter que le nouveau règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (JO L 141 du 5.6.2015, p. 19-72) maintient les solutions mentionnées ci-dessus, adoptées par le règlement 1346/2000. L'art. 18 du règlement 2015/848 précise que les « instances en cours » de l'art. 15 du règlement 1346/2000 s'appliquent également aux instances arbitrales. Sur les ambiguïtés de la traduction polonaise du règlement 2015/848, v. pourtant. M. Porzycki, *op. cit.*, p. 270.

<sup>1209</sup> Tribunal fédéral suisse, 31 mars 2009, *préc.*

<sup>1210</sup> Tribunal fédéral suisse, 16 octobre 2012, ATF 138 III 714, 4A50/2012, *Rev. arb.*, 2012, p. 854, note Tschanz, v. not., D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, *op. cit.*, n° 1336, p. 333.

167. Comme nous l'avons déjà analysé dans le contexte de la théorie mixte de l'arbitrage<sup>1211</sup>, le noyau dur du problème porte moins sur la question de capacité à compromettre mais reflète plutôt les stratégies favorables à l'économie du procès, menant au maintien de la continuité de l'instance arbitrale par choix du droit applicable à l'intersection de l'arbitrage et de la faillite. L'application de la *lex arbitri* par le tribunal arbitral finnois dans l'affaire de la SCC O53/2005 illustre une telle pratique. Dans le même sens, le tribunal arbitral siégeant à Londres n'a pas appliqué la loi polonaise aux effets de l'insolvabilité d'*Elektrim* pour la procédure arbitrale dans l'affaire de la LCIA du 12 février 2009. Le tribunal arbitral siégeant à Genève, en appliquant la *lex arbitri* suisse, permettant la capacité à compromettre d'une partie insolvable selon une loi étrangère, pouvait continuer la procédure dans l'affaire de la CCI du 23 novembre 2011<sup>1212</sup>. Les juridictions étatiques anglaise et suisse saisies ensuite ont poursuivi la même approche. Un seul exemple d'un raisonnement inverse a été présenté par le Tribunal fédéral suisse dans sa décision du 31 mars 2009 portant sur l'affaire de la CCI du 21 juillet 2008, qui a suspendu l'instance arbitrale. Le Tribunal fédéral, en n'appliquant pas la *lex arbitri* à la capacité de la partie déclarée insolvable, a confirmé la solution adoptée par les arbitres. Comme démontré ci-dessus, la décision du Tribunal fédéral a été critiquée eu égard à la non-application de la loi suisse à la question de validité de la convention d'arbitrage par les partisans de l'approche *in favorem validitatis* quant à la convention d'arbitrage stipulée par une partie insolvable<sup>1213</sup>. L'affaire en question, constituant toutefois un cas isolé de la jurisprudence, confirme l'exactitude de l'analyse quant au statut de la partie insolvable en arbitrage dans les termes de l'efficacité de la convention d'arbitrage et non selon ceux de la capacité à compromettre.

---

<sup>1211</sup> Cf. Chapitre préliminaire.

<sup>1212</sup> L'art. 177 (2) de la LDIP prévoit que « [s]i une partie à la convention d'arbitrage est un État, une entreprise dominée ou une organisation contrôlée par lui, cette partie ne peut invoquer son propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige ou sa capacité d'être partie à un arbitrage ». Le droit est toutefois muet quant aux entreprises privées, v. l'analyse de l'arrêt par N. Voser, A. George, « Insolvency and arbitration : Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision », *Kluwer Arbitration Blog*, 5 décembre 2012, disponible en ligne : <http://kluwarbitrationblog.com/2012/12/05/insolvency-and-arbitration-swiss-supreme-court-revisits-its-vivendi-vs-elektrim-decision/>.

<sup>1213</sup> V. D. Girsberger, N. Voser, *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, op. cit., pp. 332 et s.

## B. Le respect réciproque des procédures en droit français

168. Contrairement à ce que présente le droit polonais d'avant la réforme de 2016, il est largement admis en droit comparé que la survenance d'une procédure collective est à l'origine de l'arrêt des poursuites et que la remise de l'instance implique l'engagement des organes de la procédure collective<sup>1214</sup>. Tel est également le cas du droit français (1). Jusqu'où pourtant est poussé la *favor arbitrandum* ? Une partie insolvable, étant en même temps impécunieuse, risque-t-elle de tomber dans le piège d'une stipulation contractuelle qui la prive en effet d'accès à la justice ? (2).

### 1. Entre l'intégration et l'autonomie des procédures

169. Sans partager les doutes exprimés autrefois par la doctrine polonaise, le législateur français raisonne selon le respect du principe *pacta sunt servanda* et de la spécificité de matière commerciale, à la lumière de laquelle la clause compromissoire constitue un acte de gestion normal. À cet égard, la convention d'arbitrage antérieure au jugement d'ouverture ne cesse pas de lier le débiteur, les créanciers, les organes de la faillite et le repreneur du contrat principal<sup>1215</sup>. Pourtant, en pratique une telle approche nécessite de différentes formes d'adaptation tant par la procédure collective que par celle d'arbitrage. Une coexistence interrompue parallèle de deux procédures n'est pas possible. Le mécanisme qui permet à un certain point le respect mutuel des procédures repose sur le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de

---

<sup>1214</sup> Toutefois, dans l'état actuel du droit allemand, qui s'est débarrassé de la contrainte de la transigibilité des droits patrimoniaux, l'insolvabilité ne constitue plus un obstacle à l'arbitrage. La convention d'arbitrage continue à lier les parties, et, à défaut de stipulations contraires, l'insolvabilité d'une des deux parties n'empêche pas l'introduction, pas plus qu'elle ne met fin à la procédure d'arbitrage. Le curateur doit donc continuer la procédure. Contrairement à l'instance devant le juge étatique, le déroulement de l'arbitrage n'est pas suspendu puisque les dispositions contenues dans la section 240 du ZPO s'appliquent uniquement à ce premier, cf. not. OLG Köln, *SchiedsVZ* 2008, p. 152 ; OLG Dresden, *SchiedsVZ* 2005, p. 159 ; Ch. Liebscher, *op. cit.*, p. 174.

<sup>1215</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, pp.485 et s. L'auteur se réfère à la jurisprudence française constante v. *ibid.*, note de bas de page n° 31) et à l'arbitrage international dans l'affaire de CCI, n° 6057, *Clunet* 1993, p. 1016 et s.

faillite<sup>1216</sup>. Le principe est d'ordre public interne et international<sup>1217</sup>. À cet égard, l'arbitre est obligé de respecter la procédure d'insolvabilité concernant une partie et de l'inclure dans l'instance arbitrale. De son côté, le liquidateur ou l'administrateur est obligé d'assister ou de représenter un failli pour que l'instance arbitrale puisse être reprise<sup>1218</sup>. Si alors la procédure collective frappe un demandeur à l'instance arbitrale, le jugement d'ouverture interrompt l'instance arbitrale, cela étant en principe uniquement temporaire. Aussi, si c'est le débiteur en fonction du défendeur à l'instance arbitrale, le principe d'arrêt des poursuites judiciaires bloque temporairement l'introduction de la demande en arbitrage jusqu'à la soumission du créancier à la procédure de vérification des créances. L'instance arbitrale étant déjà en cours, le créancier doit déclarer ses créances pour reprendre l'instance arbitrale. Par conséquent, bien qu'il existe les mécanismes de coordination des procédures, comme la vérification des créances<sup>1219</sup>, la convention d'arbitrage ou la demande en arbitrage peut être faite en présence d'une partie insolvable. Comme le conclut Ph. Fouchard, « *[l]'arrêt des poursuites individuelles ne rend donc pas le litige inarbitrable, ni l'arbitre incompétent. La procédure arbitrale sera très généralement poursuivie. Son objet, cependant, en sera affecté, et les pouvoirs de l'arbitre s'en trouveront limités* ».<sup>1220</sup>

---

<sup>1216</sup> Aux termes de l'art. L. 622-21 al. I du Code de commerce français. : « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'art. L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° A la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ».

<sup>1217</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, *SA Lion et compagnie c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, *Gaz. Proc. Coll.* 2009 (3), p. 9, note Mélin.

<sup>1218</sup> *Ibid.*, l'arrêt *préc.* Le liquidateur d'un failli a plaidé l'annulation de la sentence arbitrale alors qu'il n'a pas participé à la procédure d'arbitrage. La Cour de cassation ne lui a pas donné raison en jugeant « *qu'il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à la procédure d'arbitrage* ». De plus, selon ladite cour c'était « *sans violer le principe de la contradiction que la Cour d'appel a qualifié d'estoppel l'attitude procédurale du liquidateur* ».

<sup>1219</sup> Sur l'obligation de la vérification des créances, v., à titre d'exemple, Cass. com., 2 juin 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 596, note Ancel ; Cass com., 22 janvier 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 145, note Ancel.

<sup>1220</sup> Ph. Fouchard, « Arbitrage et faillite », *op. cit.*, pp. 488.

## 2. L'impécuniosité de la partie à l'arbitrage

170. Une fois établi que la procédure collective ne fait pas disparaître la clause compromissoire, la question se pose de savoir quel est l'impact du financement de l'arbitrage sur l'accès au juge. En effet, une partie incapable d'assumer les frais de la procédure arbitrale reste liée par la clause d'arbitrage.
171. À cet égard, la jurisprudence française est favorable à l'arbitrage<sup>1221</sup>. Contrairement, notamment, à la jurisprudence allemande qui considère que l'insolvabilité rend la convention d'arbitrage inexécutable<sup>1222</sup>, à la lumière du droit français, l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ne peut pas découler de l'impossibilité alléguée de faire face au coût de la procédure arbitrale. En présence d'une clause d'arbitrage, une partie impécunieuse ne peut ni assumer les frais de l'arbitrage ni soumettre le litige au juge étatique. Elle se trouve alors dans une situation paradoxale. D'un côté, les principes d'accès à la justice et d'égalité entre les parties constituent les fondements de la sécurité juridique; d'un autre, le principe contractuel, en tant que le fondement de l'arbitrage, ne devrait pas être remis en question. La stabilité procédurale, postulée d'ailleurs par la présente section, implique en effet une justice déséquilibrée.
172. Par l'arrêt *Pirelli* du 28 mars 2013, jugé « équilibré » par une partie de la doctrine<sup>1223</sup>, la jurisprudence française cherchait un « compromis » entre la volonté des parties et l'enjeu pratique de la prévention contre le déni de justice. Pourtant, la logique favorable à l'arbitrage, dominant les autres arrêts, prend malheureusement forme de l'extension

---

<sup>1221</sup> CA Paris, 26 février 2013, *SARL Lola Fleurs c. Société Monceau Fleurs et autres*, *ASA Bull.* 2013, p. 900 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, *Pirelli c. Licensing Projects*, *Bull. civ.*, 2013, I, n° 5 ; *La Semaine juridique Ed. Générale* n° 21, 20 mars 2013, p. 559, note Béguin et Wang.

<sup>1222</sup> BGH, 14 septembre 2000, III ZR 33/00, *NJW* 2000, p. 3720.

<sup>1223</sup> A titre d'exemple, v. J. Béguin, H. Wang, « Conditions de la contrariété à l'ordre public international des stipulations mettant hors arbitrage les demandes reconventionnelles d'un défendeur impécunieux », note sous l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2013, *Pirelli c. Licensing Projects*, *préc.* En l'espèce, l'affaire *Pirelli* portait sur le caractère obligataire de la stipulation du règlement d'arbitrage prévoyant un paiement de l'avance due au titre des demandes reconventionnelles. La Cour de cassation a refusé de reconnaître une telle stipulation non-écrite face à l'impécuniosité d'une partie à l'arbitrage. Selon la Cour de cassation, est contraire à l'ordre public international uniquement l'écart des demandes reconventionnelles « indissociables » des demandes principales de la procédure arbitrale. L'exclusion de la procédure d'arbitrage des demandes « dissociables » des demandes principales n'est pas contraire aux principes d'accès à la justice et d'égalité entre les parties.

dangereuse du champ d'application des clauses d'arbitrage. Malgré l'intérêt favorable à l'arbitrage de la présente étude, un tel positionnement nous semble démesuré. Quelles seraient donc les solutions alternatives, étant donné la faible probabilité d'un revirement de jurisprudence ? La réponse aurait pour base l'analyse du sujet du financement de l'arbitrage, notamment le financement par les tiers ou le soutien des plateformes de financement participatif de litiges (*crowdfunding*). À cet égard, le débat est ouvert dans la doctrine. Par contre, le risque de perte de la maîtrise effective du procès par les parties pose une difficulté pratique. Sans entrer plus en avant dans la discussion, qui dépasse la portée de cette étude, et pour éviter l'ostracisme par rapport à la convention d'arbitrage, la modification du contenu de celle-ci semble la solution potentiellement la plus simple. En effet, il serait envisageable pour les parties de stipuler son inapplicabilité en cas d'impécuniosité de l'une d'entre elles.

## CHAPITRE II. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE

173. Tant dans les ordres juridiques de tradition romaniste que dans ceux de tradition germanique, la matière du droit de la famille *sensu lato* représente l'essence de l'ordre public<sup>1224</sup>. A la lumière de la doctrine française, il s'agit de l'ordre public social de protection<sup>1225</sup>. Toutefois, indépendamment de la catégorisation de l'ordre public, l'inarbitrabilité dans ce domaine repose surtout sur la dominance de l'intérêt général qui constitue sa *ratio legis*.
174. La sensibilité des matières relevant du droit de la famille — imprégnées d'ordre public, et riches en éléments extra-juridiques — bien qu'elle pose une frontière souvent infranchissable devant l'arbitrage, joue paradoxalement aussi en sa faveur<sup>1226</sup>. Déjà en droit ancien, la spécificité des litiges et les qualités des parties en matière du droit de la famille justifiaient qu'une place fût donnée à l'arbitrage car flexibilité de ce dernier semblait mieux répondre aux besoins spécifiques des relations familiales<sup>1227</sup>.

---

<sup>1224</sup> B. Mallet-Bricout, « Arbitrage et droit de la famille », *Droit et Patrimoine*, n° 104, mai 2002, p. 60. Cet auteur précise que « [l]e droit de la famille et une matière fortement imprégnée d'ordre public et qui ne laisse pour ainsi dire aucune liberté aux personnes en ce qui concerne la disponibilité de leurs droits », *ibid.*, p. 60.

<sup>1225</sup> G. Chabot, « Successions contentieuses et 'justice alternative' », *Revue Lamy Droit civil*, n° 17, 1<sup>er</sup> juin 2005, p. 42 ; J. Billemont, *op. cit.*, n°115, p. 84 et n° 137, p. 97.

<sup>1226</sup> A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 17, 24 avril 2015, p. 41. Selon cet auteur : « [l]es conflits familiaux sont presque toujours si peu rationnels, et tellement empreints de sentiments et de passions, qu'on les verrait d'évidence soumis à l'arbitrage d'un tiers bienveillant psychologue et respecté », *ibid.*, p. 41.

<sup>1227</sup> Dans son analyse, Mme Mallet-Bricout met surtout l'accent sur l'arbitrage des *boni viri* en droit romain qui permettait aux tiers personnes d'une grande autorité morale de mieux cerner la complexité d'éléments juridiques (p. ex. pécuniaires) et extra-juridiques (p. ex. le maintien d'un lien familial entre les parties) de la situation litigieuse, *cf.* B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, pp. 59 et s. L'auteur évoque également la popularité de la justice privée, potentiellement rapide et discrète en matière familiale au Moyen-âge et pendant l'époque révolutionnaire en France qui a introduit un arbitrage forcé dans les rapports familiaux, non seulement dans certains cas de divorce (la loi du 20 septembre 1792), mais aussi quant aux litiges entre les enfants naturels et leurs parents (le décret du 12 brumaire an II et le décret du 17 nivôse an II concernant les donations et les successions entre ceux-ci). Le Code de procédure civile de 1806 (articles 1003 et 1004) a pourtant réservé l'arbitrage aux professionnels, ce qui a *de jure* privé les familles de l'accès à l'arbitre en droit français, v., *ibid.*, p. 60.

175. Actuellement, le mouvement de patrimonialisation<sup>1228</sup>, de contractualisation<sup>1229</sup> et de déjudiciarisation<sup>1230</sup> du droit privé en droit de la famille, la promotion des modes alternatifs de résolution des litiges<sup>1231</sup> et la mise en exergue des aspects extra-juridiques de du contentieux familial se conjuguent pour que ce domaine ne soit plus un bastion de la compétence exclusive de la justice étatique<sup>1232</sup>. Cela se réalise malgré le lien toujours fort entre la matière en cause et la sphère de l'ordre public. Premièrement, elle n'est pas homogène et ses sous-domaines ne présentent pas tous le même degré d'imprégnation de l'ordre public. Deuxièmement, le phénomène d'évolution des mœurs dans la sphère des rapports familiaux et personnels affecte le droit de la famille et des personnes, ce qui se manifeste par un recul de l'ordre public substantiel dans les matières jusqu'ici inarbitrables. Des nouvelles portes pour l'arbitrabilité apparaissent désormais, même si l'avenir de l'arbitrage dans cette matière reste incertain et controversé<sup>1233</sup>.
176. Pour démontrer néanmoins que l'étude de l'arbitrabilité dans le droit de la famille représente un intérêt croissant et illustre d'une manière appropriée à quel point les

---

<sup>1228</sup> Le phénomène de patrimonialisation porte sur les conséquences patrimoniales des questions de droit des personnes et de la famille qui n'ont pas un tel caractère par nature, comme les conséquences patrimoniales d'un divorce, v. T. Hassler, « La crise d'identité des droits de la personnalité », *Petites Affiches*, 7 décembre 2004, pp. 3 et s.

<sup>1229</sup> V., à titre d'exemple, D. Fenouillet, « La contractualisation de la famille », In B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution, un enjeu de société*, LGDJ, Paris 2004, p. 103.

<sup>1230</sup> Sur le mouvement de déjudiciarisation du divorce, surtout après la dernière réforme de la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » en France, v. *supra* le chapitre précédent, et *infra* – la section suivante.

<sup>1231</sup> V. surtout *supra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>1232</sup> Cf. pourtant l'avis de G. Chabot, *op.cit.*, pp. 37 et s. L'auteur, tout en constatant l'intérêt croissant de la conciliation dans les contentieux successoraux, rappelle la nature juridictionnelle de l'arbitrage et, suivant les remarques de Loïc Cadet, exprimées dans son ouvrage « La spectre de la société contentieuse », In *Écrits en l'honneur de G. Cornu*, PUF, Paris 1994, p. 29, met l'accent sur « l'émergence d'un phénomène de procéduralisation croissante des rapports juridiques dans une société toujours plus contentieuse ». Pour cet auteur, l'arbitrage semble donc satisfaire, à un certain point, tant le besoin du développement des modes alternatifs de résolution des litiges puisqu'il est alternatif, que celui de la « procéduralisation » des rapports juridiques, puisqu'il constitue une « vraie justice ».

<sup>1233</sup> A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *op. cit.*, p. 41. Cet auteur soutient que « (...) curieusement, nul (sauf de rares exceptions) ne s'est avisé de recourir à l'arbitrage en matière familiale, et à peine plus à son dérivé, la conciliation avec avis. La raison en est que tout le monde est persuadé que cette matière est tellement imprégnée d'ordre public qu'elle est interdite aux familles et plus généralement, aux particuliers. L'arbitrage, préempté par le droit des affaires et le droit international, est donc réputé réservé aux entreprises et au droit du commerce », *ibid.*, p. 41.



qualités d'arbitrage peuvent contribuer à la résolution des litiges délicats et complexes issus des conflits au sein des familles, nous allons d'abord diriger notre attention sur les questions moins controversées, mais non dépourvues de difficultés juridiques, des litiges patrimoniaux (**Section I**), pour passer ensuite aux facteurs potentiels de développement de l'arbitrage en matière extrapatrimoniale (**Section II**).

## **SECTION I. EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE**

177. Les litiges patrimoniaux dans le domaine du droit de la famille constituent une matière moins imprégnée d'ordre public que la matière extrapatrimoniale. Comme l'objet de ce contentieux est exprimable en argent, il ne devrait pas poser d'obstacle à l'arbitrabilité objective des litiges (**Paragraphe 1**). L'exemple de matière successorale démontre pourtant le caractère actuel du débat sur l'admissibilité de la convention d'arbitrage en droit comparé (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1. L'arbitrabilité des litiges patrimoniaux***

178. Le caractère patrimonial de la matière litigieuse permet de tirer une conclusion générale sur l'arbitrabilité de celle-ci. Toutefois, pour des raisons de clarté et de cohérence méthodologique, nous faisons ici la distinction entre le droit polonais (**A**) et le droit français (**B**) pour examiner la matière en question au regard, respectivement, de la nature transigible et de la disponibilité de l'objet du litige.

#### **A. En droit polonais**

179. Tout d'abord, dans le contexte de la matière du droit de la famille, un problème liminaire devrait attirer notre attention. Eu égard au fait que certains litiges dans le domaine du droit de la famille sont soumis à une procédure non contentieuse devant le juge judiciaire, comme le partage des biens communs ou le partage de la succession, la question de leur arbitrabilité se pose, encore que le doute à cet égard soit moins vif qu'en matière extracontractuelle.

180. Selon la doctrine majoritaire, le type de procédure étatique dont relève une matière n'a aucune portée sur l'arbitrabilité ou la non-arbitrabilité de cette matière <sup>1234</sup> ce qui a été confirmé par le législateur dans l'art. 1165§1 du pLCPC<sup>1235</sup>, la même règle étant applicable aux procédures contentieuses particulières<sup>1236</sup>. Bien qu'il existe des partisans de l'opinion contraire, la portée de celle-ci semble limitée. Un auteur, en analysant l'arbitrabilité objective des litiges portant sur la succession et en se prononçant contre le caractère arbitral de la matière litigieuse soumise à la procédure non contentieuse, admet toutefois la valeur pratique de la soumission à l'arbitre de certains de ces litiges, s'ils présentent un aspect contentieux, tel que le partage de la succession ou la pétition d'hérédité<sup>1237</sup>. Quant à la détermination de l'arbitrabilité, il s'agirait davantage de la nature du litige en question que de la voie procédurale adoptée par le législateur pour organiser le contentieux devant le juge étatique. Certes, un litige soumis à l'arbitrage devrait porter sur un droit, la fonction juridictionnelle attribuée à l'arbitre constituant sa raison d'être, comme c'est le cas de la fonction du juge étatique. Néanmoins, quant aux litiges patrimoniaux, cette condition est remplie, de même que les conditions de l'art. 1157 du pLCPC et l'appartenance générale d'un litige à la voie judiciaire. Par conséquent, la portée de l'arbitrabilité ne devrait pas être limitée par des obstacles procéduraux artificiels.
181. Ensuite, la compétence exclusive des tribunaux étatiques du lieu de la situation d'une chose (par exemple d'un bien immobilier faisant partie de l'universalité des biens qui est l'objet de la demande de partage ou de la pétition d'hérédité) peut-elle constituer

---

<sup>1234</sup> En ce sens cf. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, p. 10 ; v. également l'opinion contraire présente surtout dans la doctrine polonaise assez récente, mais minoritaire: SN, 11 juillet 2001, V CKN 379/00, *OSNC* 2002/3 ; SN 11 octobre 2001, IV CKN 1239/01, *Pal.* 2002/3-4/225, *LexPolonica* n° 354906.

<sup>1235</sup> L'art. 1165§1 du pLCPC prévoit l'obligation du tribunal étatique de rejeter une demande dans la procédure, contentieuse ou non contentieuse, en cas d'invocation de la convention d'arbitrage. Une telle opinion est exprimée notamment par R. Morek, *Mediacja i arbitraż (...), op.cit.*, p. 117.

<sup>1236</sup> Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, p. 101. Il faut également noter que selon l'art. 13§2 du pLCPC, les dispositions concernant la procédure contentieuse s'appliquent respectivement à d'autres voies procédurales.

<sup>1237</sup> V. M. Asłanowicz, «Zapis na sąd polubowny w testamencie », In B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka (éd.), *Usos magister optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, C. H. Beck, Warszawa 2016, p. 650. La même position est partagée par d'autres représentants de la doctrine, v., à Titre d'exemple, W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, LexisNexis, Warszawa 2006, s. 56.

un obstacle à l'arbitrabilité des litiges patrimoniaux dans le domaine en cause?<sup>1238</sup>. Eu égard à la fonction de l'exclusivité de compétence, une réponse positive à cette question est plus que douteuse. L'argument du droit comparé soutient cette position. Le droit français semble, à titre d'exemple, ignorer cet obstacle potentiel de l'arbitrabilité, en se prononçant, par la voie de la doctrine, contre l'inarbitrabilité déduite de la compétence exclusive constituant une seule décision « organisationnelle » de la politique juridique<sup>1239</sup>.

182. *Quid* finalement de l'obstacle posé par le critère de l'arbitrabilité ? Selon l'art. 1157 du pLCPC, tous les droits patrimoniaux peuvent être soumis à l'arbitrage, sauf ceux portant sur les pensions alimentaires qui ont été *expressis verbis* exclus de la compétence de l'arbitre par le législateur. Sachant pourtant que la doctrine et la jurisprudence polonaise résignent à accepter, au moins jusqu'à la réforme du pLCPC en 2019, que le critère de la patrimonialité des litiges soit suffisant, et qu'elles y ajoutent la condition de transigibilité<sup>1240</sup>. Il ressort d'une telle analyse que, même à cet égard, la majorité des litiges patrimoniaux dans le domaine du droit de la famille est arbitrable.
183. Il est toutefois important à cet égard de faire la distinction entre des litiges strictement patrimoniaux et ceux qui, même en constituant la conséquence patrimoniale d'un autre litige dont la nature n'est ni patrimoniale, ni transigible (comme la dissolution du mariage), constituent une partie indissociable de ce dernier. On trouve un exemple de la première hypothèse dans le cas des litiges portant sur le partage des biens communs (articles 617 à 628 du pLCPC), qui peuvent surgir entre les époux après la liquidation de la communauté, à la suite d'un divorce ou pendant le mariage (l'art. 567 du pLCPC).

---

<sup>1238</sup> A titre d'exemple, l'art. 566 du pLCPC prévoit la compétence du tribunal du lieu de la situation du bien commun dans le cas de la liquidation d'une communauté après le divorce ou l'art. 628 du pLCPC qui prévoit la compétence du tribunal de succession après le décès d'un des conjoint (il s'agit notamment du tribunal du lieu de la dernière résidence du *de cujus*).

<sup>1239</sup> Cf. *supra* Partie I, Chapitre préliminaire.

<sup>1240</sup> V. L'introduction et Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I ; dans le contexte du droit des sociétés – Partie II, Titre I, Chapitre I, Section I. Le manque de clarté rédactionnelle de l'art. 1157 du pLCPC a suscité un débat entre les tenants de l'arbitrabilité illimitée des litiges patrimoniaux (comme en droit suisse et en droit allemand), d'une part, et, d'autre part, les partisans d'une arbitrabilité limitée aux litiges patrimoniaux transigibles (lecture qui peut se réclamer de la jurisprudence et de la pratique actuelles en Pologne), v. not. Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op.cit.*, p. 100. Depuis la réforme de l'art. 1157 du pLCPC en 2019, cette discussion semble devenir obsolète.

En revanche, la liquidation d'une communauté entre des époux appartient à la seconde catégorie (l'art. 52 § 1<sup>er</sup> du Code de la famille et des tutelles [KRO]<sup>1241</sup>). Alors que le partage du bien commun est en principe transigible et que sa soumission à l'arbitrage est envisageable eu égard à son caractère patrimonial, la liquidation de la communauté entre époux, notamment si elle constitue un élément du divorce, est, comme ce dernier, dépourvue de caractère transigible, et elle est donc non arbitrale<sup>1242</sup>.

184. Quelle est donc, à la lumière de cette logique, la *ratio legis* de l'exclusion de l'arbitrage des litiges portant sur les pensions alimentaires en dépit de leur caractère patrimonial ? De tels litiges sont aussi transigibles, la transaction pouvant être conclue lors de la médiation familiale<sup>1243</sup>. Premièrement pourtant, leur caractère transigible apparaît seulement après la naissance du litige, les conventions éventuelles portant sur la renonciation aux pensions alimentaires étant frappées de nullité<sup>1244</sup>. Sachant que les pensions alimentaires sont réglées par des normes impératives et possèdent un caractère personnel une fois dues à l'enfant (l'art. 128 du KRO), celui-ci ne peut pas y renoncer. Le droit d'un conjoint divorcé aux pensions alimentaires, parce qu'il découle directement du devoir d'aide mutuelle entre époux (l'art. 60 § 1<sup>er</sup> du KRO lu à la lumière de son art. 130), est de surcroît revêtu d'une dimension constitutionnelle, que la jurisprudence a tirée de la protection de la propriété garantie par l'art. 64 de la Constitution<sup>1245</sup>. La protection de ce droit peut justifier l'interférence avec les droits patrimoniaux du conjoint<sup>1246</sup>. Les conditions de nécessité, d'utilité et de proportionnalité d'un tel renvoi au droit de propriété semblent donc satisfaites, puisqu'il serait difficile de charger l'État de la préservation des conditions de vie

---

<sup>1241</sup> La loi du 25 février 1964, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy* (Code de la famille et des tutelles), *Dz.U.* 1964 n° 9, pos. 59 (ci-après le KRO).

<sup>1242</sup> V. M. Malczyk-Herdzina, «Mediacja w sprawach o rozwód i o separację – wybrane zagadnienia», *ADR*, 2008 (4), p. 132.

<sup>1243</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>1244</sup> SN, 1<sup>er</sup> mars 1952, C 751/51, *NP* 1953/8-9/154; SN, 14 octobre 1961, 4 CR 86/61, *OSNCP* 1963; SA Białystok, 27 octobre 2006, I ACz 794/06, *LEX* n° 208159, *OSAB* 2006/2-3/25.

<sup>1245</sup> J. Ignaczewski, *Rozwód po nowelizacji. Art. 56–61 KRO. Komentarz*, CH. Beck, Warszawa 2009, n°s 1-2.

<sup>1246</sup> *Ibid.*

adéquate des époux divorcés<sup>1247</sup>. D'ailleurs, des litiges entre les conjoints portant sur les éléments de la communauté de biens ne peuvent pas non plus affecter l'obligation alimentaire, mais peuvent par contre être soumis à la procédure de partage de celle-ci<sup>1248</sup>. Toutefois, comme c'est également le cas en droit français<sup>1249</sup>, après la naissance du litige (par exemple, après la naissance d'un enfant lorsque la pension établie par le juge n'est pas réglée), l'objet litigieux devient disponible (transigible selon la terminologie polonaise). La doctrine ne se prononce cependant pas, contrairement à la doctrine française, sur la possibilité de soumission à l'arbitrage par la voie du compromis des arrérages échus.

185. Or, il nous paraît incontestable qu'à l'exception des pensions alimentaires, des litiges de la matière familiale patrimoniale, étant l'objet de la procédure tant contentieuse que non contentieuse, s'ils sont également dotés de l'attribut de transigibilité, sont dès lors arbitrables. L'étendue de l'arbitrabilité dans le domaine des litiges patrimoniaux de la matière familiale en droit polonais semble par conséquent relativement large.

## **B. En droit français**

186. En droit français, le problème de l'arbitrabilité des litiges en question se pose à la lumière des conditions partiellement différentes de celles en droit polonais, la jurisprudence étant aussi plus fournie sur ce sujet. Les dispositions générales de la loi (articles 2059, 2060 et 2061 du frCc) n'empêchent pas les familles de recourir à l'arbitrage. La jurisprudence ayant exclu de fonder l'inarbitrabilité sur la notion d'ordre public, il suffit, selon l'art. 2059 du frCc que les droits litigieux soient disponibles pour être arbitrables. Comme déjà discuté ci-dessus<sup>1250</sup>, un droit est indisponible lorsqu'il présente un lien direct avec les intérêts primordiaux de la société, lorsque la matière litigieuse relève de la compétence exclusive des tribunaux étatiques, lorsque le droit a

---

<sup>1247</sup> Cour Constitutionnelle polonaise, TK, 11 avril 2006, SK 57/04, *Dz. U.* 2006, n° 64, pos. 457, p. 2883, *OTK-A 2006/4/43*.

<sup>1248</sup> SN, 11 juillet 1997, II CKN 277/97, *LEX* n° 83844.

<sup>1249</sup> V. *infra*.

<sup>1250</sup> V. *supra* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I.

un caractère éventuel ou lorsqu'il présente un caractère alimentaire<sup>1251</sup>. Cela permet d'exclure de l'arbitrage des matières du droit extrapatrimonial de la famille ou portant sur l'état et la capacité des personnes, « *mais en droit patrimonial, la question de l'arbitrabilité est plus délicate à résoudre* »<sup>1252</sup>.

187. Il s'agit à cet égard du problème de la nullité de la clause compromissoire. La réforme de l'art. 2061 par la loi NRE n'exerce pas d'influence sur l'arbitrabilité des litiges patrimoniaux en matière familiale, les contrats conclus dans ce domaine n'étant pas conclus « *à raison d'une activité professionnelle* ». La réforme de 2016 n'y apporte pas non plus de grand changement, sauf l'introduction du paradigme général de l'acceptation de la clause compromissoire. Il reste portant toujours la référence au compromis, en tant que forme légitime de soumission à l'arbitrage des litiges du droit patrimonial de la famille. Ce phénomène constitue, comme nous avons déjà remarqué à l'occasion de l'analyse du droit de la consommation, un paradoxe, puisque, comme le souligne à juste titre Mme Mallet-Bricout dans le contexte du droit de la famille, « *en pratique l'arbitrage se développe surtout grâce à la clause compromissoire* »<sup>1253</sup>. En effet, notamment dans la matière familiale, sauf en ce qui concerne les litiges successoraux, l'anticipation d'un conflit semble peu probable eu égard aux raisons psychologiques, l'accès légitime au compromis d'arbitrage semble donc constituer une option insuffisante<sup>1254</sup>.

188. En droit français, sont disponibles les différends de la matière familiale qui existent, par nature, dans le commerce (droit de propriété, droit de créance, usufruit, servitudes, droits successifs, droits indivis<sup>1255</sup>), sauf si la loi en dispose autrement. Sont également

---

<sup>1251</sup> P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994, pp. 279 et s., n°s 8 et s.

<sup>1252</sup> B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 65.

<sup>1253</sup> *Ibid.*

<sup>1254</sup> Au moment de la naissance du litige, à défaut de texte, la jurisprudence exige une assignation délivrée. Le litige est né dès lors que les parties se mettent d'accord pour le déterminer. En matière de succession, le litige naît le jour du décès, v. A. Depondt, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°15, 13 avril 2015, p. 707.

<sup>1255</sup> Nous reprenons l'énumération d'A. Depondt, *ibid.*, p. 706.

arbitrables les créances nées de droits indisponibles<sup>1256</sup>. Dans ce dernier cas, il s'agit surtout des litiges portant sur des obligations alimentaires. Ceux-ci ayant le caractère patrimonial, ils ne sont pas expressément exclus des litiges arbitrables, comme en droit polonais<sup>1257</sup>, mais ils restent insusceptibles de renonciation puisqu'ils permettent au créancier de gagner des moyens de subsistance et empêchent celui-ci d'incomber à la charge de l'État, ce qui serait contraire à l'intérêt général<sup>1258</sup>. Toutefois, après la naissance du litige (par exemple lorsqu'une pension n'a pas été payée), il devient disponible. D'où la possibilité de soumettre à l'arbitrage par la voie du compromis les arrérages échus<sup>1259</sup>. D'autres conséquences patrimoniales des règles du droit des personnes et de la famille sont généralement arbitrables, tant les litiges portant sur la liquidation d'un régime matrimonial<sup>1260</sup> que ceux concernant la succession<sup>1261</sup>. La jurisprudence a même admis le caractère disponible de la fixation de la prestation compensatoire, contrairement aux pensions alimentaires. Comme le souligne un auteur, il faut pourtant se rendre compte du contexte international spécifique de cette jurisprudence de la Cour de cassation, dans laquelle celle-ci, en se dirigeant apparemment par l'objectif d'application du droit français au litige entre les époux divorcés, refuse l'application d'office de la règle de conflit, en se basant sur le caractère disponible du litige<sup>1262</sup>.

---

<sup>1256</sup> *Ibid.*

<sup>1257</sup> Les droits alimentaires étaient pourtant expressément exclus de l'arbitrage par l'art. 1004 de l'ancien frCPC.

<sup>1258</sup> V. F. Terre, D. Fenouillet, *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, Paris 2005, n° 307.

<sup>1259</sup> Cass, 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1973, *D.* 1973, p. 478; *Gazette du Palais* 1973 (2), p. 861.

<sup>1260</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 1963, *JCP G* 1964, II, 13472, note P. L. Il convient également d'observer qu'un seul conjoint ne peut pas disposer des biens communs, et, par conséquent, ne peut pas signer un compromis sans l'accord de l'autre conjoint, un tel acte constituant un acte de disposition et non un acte d'administration, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 févr. 2000, *Bull. civ.*, 2000 I, n° 37 p. 24, *RTD civ.*, 2001, p. 420, obs. Vareille; *Rev. arb.*, 2002, p. 661, note Lécuyer. Nous reprenons la jurisprudence citée par A. Depondt, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *op. cit.*, p. 706. Selon cet auteur « [l]es parties peuvent soumettre à un arbitre toutes les difficultés procédant de la liquidation d'un régime matrimonial, y compris, en droit international privé, celles ayant trait à la détermination du régime matrimonial. En droit français, l'existence de récompenses ou de créances entre époux, l'évaluation des biens, l'attribution préférentielle, le recel de communauté, etc. sont arbitrables car elles procèdent de réclamations portant sur des droits disponibles », *ibid.*, p. 706.

<sup>1261</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870; *Bull. civ.*, 1973, I, n° 192; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 novembre 1974, *Rev. arb.*, 1975, p. 302, note Loquin, telles que citées par A. Depondt, *ibid.*, p. 706.

<sup>1262</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 2009, *JCP G* 2009, 190, note Boulanger, telle que citée par A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *op. cit.*, p. 46. En l'espèce, la cour d'appel, en

189. Les solutions adoptées en matière internationale n'apportent pas de modifications significatives au droit de la famille quant à la disponibilité des droits patrimoniaux. On sait que l'applicabilité des dispositions des articles 2059 et 2060 du frCc n'est pas acquise dans l'ordre international. Pourtant, il n'est pas discutable que l'arbitre s'engage à vérifier la disponibilité de la matière litigieuse. Eu égard au caractère patrimonial des litiges bien accueilli en arbitrage international, un seul obstacle, difficilement imaginable, porterait sur le respect de l'ordre public international. Par contre, le principe de validité de la clause d'arbitrage international évince l'exigence d'un contrat conclu à raison d'une activité professionnelle. Par conséquent, la clause compromissoire serait acceptable. A titre d'exemple, la stipulation d'une telle clause dans le contrat de partage d'une succession internationale serait envisageable<sup>1263</sup>. Même si, la jurisprudence n'a pas pris de position, la doctrine le confirme<sup>1264</sup>. Le domaine des litiges arbitrables, tant en matière interne qu'internationale, s'agrandit constamment.

### ***Paragraphe 2. L'exemple de la matière successorale***

190. La matière successorale confrontée à l'arbitrage constitue un domaine riche en problèmes juridiques eu égard à sa portée objective diversifiée et sa dimension subjective qui reste controversée. En outre, du point de vue du droit comparé, dans les ordres juridiques de tradition germanique, le recours à l'arbitrage en matière patrimoniale successorale semble retenir davantage l'attention de la doctrine dans les

---

prononçant le divorce des époux marocains, avait condamné le mari à payer une prestation compensatoire, en se fondant sur le droit français. Le mari invoquait pourtant le caractère non disponible de la prestation compensatoire en soutenant, dans ce cas, l'application de la loi marocaine, conformément à une convention franco-marocaine. La Cour de cassation a toutefois jugé que « *s'agissant de droits disponibles, les époux peuvent convenir que soit appliqué le droit français* ». La convention en question justifiait en effet l'application du droit marocain uniquement quant aux conséquences personnelles du litige. M. Depondt suggère à cet égard que, une fois la matière est jugée disponible, le recours à l'arbitrage n'est pas exclu, *ibid.*, p. 46.

<sup>1263</sup> Cf. G. Chabot, *op. cit.*, p. 44.

<sup>1264</sup> « *Il n'y aurait en tous les cas rien de choquant à voir traiter par un arbitre un litige relatif, par exemple, à un partage de succession internationale* », B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 65.



pays de tradition romaniste<sup>1265</sup>. Malgré le caractère disponible de la matière litigieuse (A), sa soumission à l'arbitrage trace un nouvel axe de recherche sur l'efficacité de la soumission unilatérale des litiges à l'arbitre dans le testament en droit comparé et en droit de l'Union Européenne (B).

## A. L'arbitrabilité des litiges successoraux

191. Pour compléter l'analyse générale de la portée de l'arbitrabilité objective de la matière patrimoniale en droit de la famille, nous allons analyser la disponibilité des droits successoraux pouvant être l'objet de l'arbitrage en droit polonais (1) et en droit français (2).

### 1. En droit polonais

192. Tout d'abord, pour la clarté de la démonstration, il convient de mentionner que la procédure successorale fait partie de l'instance non-contentieuse selon l'art. 627 du pICPC<sup>1266</sup>, et des actes de procédures sont normalement soumis, en vertu de l'art. 628 du pICPC, à la juridiction du lieu du dernier domicile du *de cuius* qui est exclusivement compétente. Sans entrer à nouveau dans la discussion que nous avons déjà abordée ci-dessus sur le caractère non contentieux du litige et la compétence exclusive du juge judiciaire en tant qu'obstacles non définitifs à l'arbitrabilité, il convient davantage d'observer que certains des actes en question peuvent être également effectués devant le notaire<sup>1267</sup>. Certes, il serait inutile d'analyser l'application de l'arbitrage à la plupart de ces actes, la compétence du notaire constitue pourtant une preuve de la tendance à

---

<sup>1265</sup> P. Wautelet, « Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale. Réflexions à partir du règlement 650/2012 », *La Semaine Juridique notariale et immobilière*, n° 51-52, 23 déc. 2016, p. 1350, n° 1.

<sup>1266</sup> Le domaine englobe des litiges énumérés dans les articles 633 à 691 du pICPC lus à la lumière de ses articles 1108, 1109, et 1139 à 1142.

<sup>1267</sup> Il s'agit de l'acceptation, la répudiation ou l'acceptation d'une successions sous bénéfice d'inventaire (l'art. 640 § 1 du pICPC), l'ouverture de la succession (l'art. 649 § 1 du pICPC), l'avis d'ouverture de la succession (l'art. 651 du pICPC), le dépôt du testament et du protocole de son ouverture (l'art. 653 du pICPC), la désignation d'un exécuteur testamentaire (l'art. 664 du pICPC), l'émission du certificat d'exécuteur testamentaire (l'art. 665§ 1 du pICPC), la garde du testament (l'art. 666§ 1 du pICPC), et le partage de la succession (l'art. 680§ 1 du pICPC).

la déjudiciarisation dans cette matière. De plus, le groupe des litiges dit « non contentieux » n'est pas homogène et pourrait être remis en question. Notamment, la dimension sans doute contentieuse du partage de la succession (l'art. 680 § 1 du plCPC) indique un caractère arbitral envisageable de celui-ci<sup>1268</sup>. Seront donc d'autant plus arbitrales des litiges successoraux tranchés dans la procédure contentieuse, à l'exception des litiges dépourvus de l'attribut de transigibilité, comme c'est le cas de la demande de déchéance du droit successoral d'un héritier indigne (l'art. 928 § 1 du plCc)<sup>1269</sup> ? Ainsi, la soumission à l'arbitrage d'un litige potentiel portant sur la part réservataire (l'art. 991 § 1 du plCc) ne peut pas être exclue. Une telle possibilité serait envisageable, étant donné que, comme cela sera également le cas en droit français, il est permis de renoncer à cette part. Cette possibilité existe après la naissance du litige, ce qui suppose que la succession soit déjà ouverte. Le créancier pourrait dès lors stipuler un contrat de renonciation de dette avec le débiteur. Avant l'ouverture de succession, la renonciation à la part réservataire serait moins certaine, quoique théoriquement non exclue car la prohibition des pactes sur succession future comporte une exception (l'art. 1048 du plCc). En définitive, non seulement les litiges sont en grande partie soustraits à la compétence du juge, mais en outre le domaine des litiges successoraux arbitrales semble large.

## 2. En droit français

193. Comme cela a été précédemment relevé, l'ordre public, qui pourrait bloquer l'accès à l'arbitrage en matière familiale, est en recul. Cette évolution se manifeste par l'atténuation du principe de prohibition des pactes sur les successions futures<sup>1270</sup> ou par

---

<sup>1268</sup> En ce sens, à juste titre, M. Aslanowicz, « Zapis na sad polubowny w testamencie », *op. cit.*, p. 649.

<sup>1269</sup> *Ibid.*

<sup>1270</sup> L'interdiction des pactes sur les successions futures constitue un principe général dans la majorité des ordres juridiques, tant en droit français (l'anc. art. 1130 al. 2 du frCc) que polonais (l'art. 1047 du plCc). Ce principe prévoit pourtant des exceptions et se libéralise. Par exemple, en droit français, alors que l'anc. art. 1130 du frCc interdisait les pactes sur succession future, le nouv. art. 1163 a supprimé la mention de cette prohibition, cependant que l'art. 722 du frCc prévoit que « *[l]es conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi* ». Or, de telles exceptions ont été admises par la loi, ou par la jurisprudence en interprétation de la loi, en cas d'institution contractuelle, de donation-partage transgénérationnelle, de clause dite commerciale dans le contrat de mariage, de renonciation anticipée à l'action en réduction, de libéralités dites graduelles et résiduelles, de mandat à effet posthume (sa qualification de pacte sur succession

la clarification du régime des donations entre époux concernant les règles du droit commun des libéralités<sup>1271</sup>. Elle est également visible dans le cas des litiges portant sur la réserve héréditaire. Ainsi, comme d'ailleurs en droit polonais, une fois que le litige est né<sup>1272</sup>, « rien n'interdit l'héritier réservataire de renoncer à sa réserve, ni aux héritiers créanciers du rapport d'une libéralité de renoncer à celui-ci »<sup>1273</sup>. D'ailleurs, même s'il s'agit d'une convention d'arbitrage convenue avant la naissance du litige, elle n'est pas nulle de plein droit, les héritiers protégés étant libres de renoncer à leurs droits<sup>1274</sup>.

194. Le problème semble même résolu en faveur de l'arbitrage dans le cas plus controversé, et présumé non arbitral en Pologne, concernant la demande de déchéance et de la caractérisation d'une indignité successorale de l'héritier. Serait-il possible pour un arbitre de se déclarer compétent ? Avant la réforme successorale, introduite par la loi du 3 décembre 2001<sup>1275</sup>, un auteur avait proposé que l'indignité facultative doive pouvoir être prononcée par un arbitre<sup>1276</sup>. Le fait que l'art. 727-1 du frCc prévoit la

---

future est contestée, mais sa légalité ne l'est pas), de substitutions fidéicommissaires, et de pacte d'actionnaires. En Belgique, les articles 3 à 9 et 63 de la nouvelle loi du 31 juil. 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, qui est entrée en vigueur le 1er sept. 2018, multiplie les exceptions à la prohibition des pactes sur succession future. De plus, les nouvelles dispositions européennes semblent remettre en question l'invalidité d'une convention d'arbitrage ainsi conclue. L'art. 25 du règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (*JO L* 201, 27.7.2012, p. 107–134), ci-après le règlement 650/2012, reconnaît en effet le principe de la validité des pactes successoraux, en retenant une règle de conflit de lois, applicable à ceux-ci. Par conséquent, il peut devenir difficile pour un État membre de justifier l'irrecevabilité des conventions conclues de son vivant par une personne avec ses proches. Une telle interdiction perd de toute façon sa raison d'être après le décès du défunt et l'ouverture de la succession, en ce sens, P. Wautelet, *op.cit.*, p. 1350, n° 9. Sur la différence entre le recours à l'arbitrage dans un pacte successoral et dans le testament, v. *infra*.

<sup>1271</sup> En ce sens G. Chabot, *op.cit.*, p. 41.

<sup>1272</sup> V. sur la maîtrise du patrimoine du défunt après son décès : Cass. 2° civ., 7 novembre 1974 *préc.* et sur la possibilité de renonciation aux droits qui ont été confiés aux héritiers par la loi ou la volonté du défunt, dans le contexte du droit suisse, J. Perrin, « De l'arbitrabilité des litiges successoraux », *ASA Bull.*, 2006, pp. 419 et s.

<sup>1273</sup> G. Chabot, *op. cit.*, p. 41.

<sup>1274</sup> Cl. Farge, « Actif successoral », In M. Grimaldi, *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, Paris 2011, p. 732, n°s 264 et s.

<sup>1275</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

<sup>1276</sup> P. Catala, *op.cit.*, n° 16.

compétence du tribunal de grande instance n'exclut pas la compétence arbitrale en tant que telle, l'arbitre tenant son pouvoir juridictionnel d'une convention particulière<sup>1277</sup>. Dans ce contexte, nier l'arbitrabilité de l'indignité, alors que la compétence arbitrale sur ce point peut être admise, mènerait en effet à l'exclusion de l'arbitrabilité des questions intéressant la dévolution successorale, ce qui est à juste titre jugé excessif<sup>1278</sup>.

195. Parmi les litiges successoraux qui pourraient susciter des hésitations à cet égard, semblent ainsi arbitrables : la qualité d'héritier (à condition qu'elle ne repose pas sur la filiation), la validité d'un testament (à condition qu'elle ne repose pas sur une contestation de la capacité du *de cujus*), l'appréciation de la valeur des biens à partager, l'existence de libéralités indirectes, le recel des rapports ou des indemnités de réduction, la requalification de primes d'assurance excessives<sup>1279</sup>.
196. Certes, un litige successoral peut porter à la fois sur des questions qui sont arbitrables et sur d'autres, qui ne le sont pas, par exemple lorsque le litige arbitral présuppose la résolution d'une question préalable relevant de l'état civil et des relations de famille, ou lorsqu'il faut déterminer si certains paiements réalisés sur le compte d'un ascendant ou par un ascendant relèvent de l'obligation alimentaire ou proviennent d'une libéralité. Pourtant, l'arbitrage étant en effet valable si la sentence ne heurte pas l'ordre public, l'arbitre peut, sous réserve d'un éventuel recours ultérieurement formé devant la justice étatique, se prononcer valablement sur ce point.

---

<sup>1277</sup> En ce sens G. Chabot, *op. cit.*, p. 42 et s.

<sup>1278</sup> *Ibid.*

<sup>1279</sup> Nous reprenons l'énumération d'A. Depondt, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *op. cit.*, pp. 705-708.

## **B. L'essor du consentement à l'arbitrage dans le testament**

197. Après avoir constaté que le recours à l'arbitrage dans la matière successorale patrimoniale ne pose pas de problèmes insurmontables une fois le litige est né, un problème plus pratique se pose, notamment à la lumière du dernier essai du législateur européen visant à harmoniser le régime de la matière de succession internationale à l'aide du règlement 650/2012. Puisque la soumission d'un litige à l'arbitrage au moyen d'une clause compromissoire est expressément admise dans certains ordres juridiques (notamment en Allemagne et en Autriche), il reste à s'interroger sur la légalité des déclarations unilatérales soumettant les futurs litiges à un arbitre. Le phénomène en soi démontre une forte tendance en faveur de l'arbitrage.
198. Pour évaluer le potentiel de ce phénomène et l'efficacité de son application en pratique, nous allons d'abord étudier des solutions adoptées en droit comparé (1), pour analyser ensuite à quel point le régime en question pourrait être encadré par le législateur européen (2).

### ***1. En droit comparé***

199. Nous avons déjà discuté ci-dessus l'admissibilité de la soumission à l'arbitrage des litiges successoraux entre les héritiers sous forme d'un compromis et les pactes successoraux portant sur les litiges futurs. Même dans le deuxième cas, le recours à l'arbitrage semble possible pour les droits disponibles et pouvant faire l'objet d'une renonciation, puisque toutes les parties expriment leur volonté. La situation du testateur qui souhaite soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de son testament semble en revanche plus déroutante. Le testateur ne pourra pas prendre part au procès futur devant l'arbitre et, de plus, en agissant en son nom propre, il semble se prononcer au nom de ses héritiers.

200. Pourtant, les droits allemand et autrichien prévoient bel et bien une telle option *expressis verbis*<sup>1280</sup>. Selon l'art. 1066 du ZPO, les litiges en matière successorale peuvent être résolus par l'arbitrage aussi bien sur la base de conventions d'arbitrage que de clauses testamentaires. De la même façon, le droit autrichien prévoit que chaque litige patrimonial pouvant être résolu par les tribunaux de droit commun, peut constituer l'objet de la convention d'arbitrage (l'art. 582 § 1<sup>er</sup> de l'auZPO). Selon l'art. 581 § 1 de l'auZPO, les parties peuvent convenir de soumettre à l'arbitrage un litige né ou à naître, de nature contractuelle ou non contractuelle. Le § 2 du même article précise que les dispositions du § 1<sup>er</sup> s'appliquent également à des arbitrages établis par clause testamentaire ou par d'autres actes juridiques non contractuels.
201. Une telle intervention du législateur a pour but de contourner l'obstacle évident portant sur le caractère unilatéral de la « convention d'arbitrage » ainsi « conclue ». Elle démontre en effet « *la précarité d'un arbitrage imposé par voie testamentaire* »<sup>1281</sup>. En l'absence de tels textes législatifs spéciaux, la question du cercle des personnes liées par la disposition testamentaire se pose automatiquement. À cet égard, notamment en droit suisse, à cause de la division de la doctrine, une solution doctrinale intermédiaire semble envisageable. Quant aux droits disponibles, le testateur semble pouvoir lier ses héritiers par une disposition testamentaire portant sur la soumission de ceux-ci à l'arbitrage<sup>1282</sup>. Si toutefois le testateur n'est jamais partie d'un litige anticipé, ne serait-il pas plus convainquant d'appliquer cette condition uniquement aux bénéficiaires du testament<sup>1283</sup>? Le Tribunal fédéral suisse ne s'est pas encore prononcé sur cette question. Certains auteurs ont récemment pris position sur la valeur contraignante d'une disposition testamentaire unilatérale par rapport aux héritiers, ce qui

---

<sup>1280</sup> L'art. 10 de la loi espagnole sur l'arbitrage du 23 décembre 2003 et l'art. 616 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*) du Liechtenstein du 10 décembre 1912 autorisent également les dispositions testamentaires portant sur la soumission des litiges successoraux à l'arbitrage.

<sup>1281</sup> P. Wautelet, *op.cit.*, p. 1350, n° 23.

<sup>1282</sup> J-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law on International Arbitration*, Sweet and Maxwell, London 2007, s. 6; W. Jahnel, D. Sykora, N. Glattard, « Arbitration in matters of succession with special consideration of the Regulation (EU) No. 650/2012 », *b-Arbitra* 2015, 1(14), p. 46.

<sup>1283</sup> V. *ibid.*, p. 47 avec les références citées.

constituerait, selon eux, une exception de principe contractuel<sup>1284</sup>. Un tel point de vue semble, pour l'instant, minoritaire<sup>1285</sup>.

202. Indépendamment de la position de la doctrine ou du législateur, lorsque les bénéficiaires du testament acceptent librement la volonté du testateur, ne peut-on pas considérer que la « convention d'arbitrage » repose sur un consentement implicite déduit, à titre d'exemple, de l'option successorale ? Une telle approche est-elle envisageable en droit polonais et en droit français, où le législateur soit n'admet pas expressément les « conventions d'arbitrage » prenant la forme d'une disposition unilatérale (comme en Allemagne ou en Autriche), soit reste attaché à la nature conventionnelle de l'arbitrage<sup>1286</sup> ?
203. Dans un sens général, accepter la succession pourrait signifier également d'accepter la volonté du testateur de soumettre les éventuels litiges à l'arbitrage. Une telle conclusion peut être tirée du principe de l'indivisibilité de l'option successorale (l'art. 769 du frCc ; l'art. 1014 du pLCC). Même si l'étendue de l'obligation de l'héritier au passif successoral varie selon la forme d'acceptation de la succession (pure et simple ou à concurrence de l'actif net), il n'est pas autorisé à limiter son option (ou sa renonciation) à une partie de la succession. Il est obligé d'accepter ou de renoncer pour le tout. Toutefois, comme cette règle connaît des exceptions tant en Pologne qu'en France, il est possible de remettre en question l'affirmation que l'acceptation de la qualité de légataire emporterait l'acceptation de l'ensemble des dispositions du testament. Ses bénéficiaires ne sont pas en effet entièrement impuissants face aux dispositions testamentaires<sup>1287</sup>.

---

<sup>1284</sup> En ce sens B. Berger, F. Kellerhals, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, Beck/Hart, Berne 2015, n° 538, pp. 184 et s.

<sup>1285</sup> En ce sens W. Jahnel, D. Sykora, N. Glattard, *op. cit.*, n°18, pp. 47 et s.

<sup>1286</sup> La Cour Supérieure du Québec a jugé une clause d'arbitrage prévue par le testament contraire à la loi et « à la nature même de la notion d'arbitrage », v. Cour Supérieure du Québec, *Sansfaçon*, 10 avril 2003, aff. n° 200-17\_002923-02, *R.J.Q.* 2003, p. 1484, §28, citée par P. Wautelet, *op. cit.*, p. 1350, n°23, qui se réfère à J.-D. Gagnon, «La convention d'arbitrage : les arbitres ou la Cour ?», *Revue du barreau*, 2010, 1 (10).

<sup>1287</sup> En ce sens P. Wautelet, *op. cit.*, p. 1350, n°23. Pourtant le testament devrait être interprété de manière à assurer le plein accomplissement de la volonté du testateur, v., à titre d'exemple, SN 29 mars 2007, I CSK 3/2007, *LexPolonica* n° 1293504.

204. La fragilité de la soumission unilatérale des litiges successoraux dans le testament nécessiterait par conséquent, tant en droit polonais que français, une garantie additionnelle de nature à contraindre les personnes appelées à la succession. Un auteur polonais a proposé de traiter une telle disposition comme une sorte de « charge testamentaire » (« *polecenie* ») en vertu de l'art. 982 du pCC<sup>1288</sup>. En constituant une disposition extrapatrimoniale (mais portant sur l'ensemble des biens patrimoniaux), elle obligerait tous les héritiers et les légataires à effectuer la volonté du testateur, en ne créant pas de créance<sup>1289</sup>. Une « charge » pourrait être à cet égard stipulée dans les limites du principe de dévolution volontaire, conformément à la loi, aux bonnes mœurs et l'ordre public<sup>1290</sup>. Comme la notion de « *polecenie* » n'existe pas en droit français, la transposition de cette suggestion polonaise nécessite une reformulation<sup>1291</sup>.
205. En droit français, les charges successorales ne sont pas conçues indépendamment du legs universel, du legs à titre universel ou du legs à titre particulier qu'elles grèvent<sup>1292</sup>.

---

<sup>1288</sup> M. Asłanowicz, *op.cit.*, pp. 650 et s. L'art. 982 du pCC prévoit que le testateur peut obliger dans le testament un héritier ou un légataire à agir par action ou par omission, en ne créant pas de créanciers (« *[s]padkodawca może w testamencie włożyć na spadkobiercę lub na zapisobiercę obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania, nie czyniąc nikogo wierzycielem (polecenie)* » (pl.).

<sup>1289</sup> *Ibid.*, p. 651.

<sup>1290</sup> E. Skowrońska-Bocian, In *Kodeks cywilny. Komentarz, Księga IV. Spadki* (J. Gudowski, dir.), Wolters Kluwer, Warszawa 2017, pp. 153 et s.

<sup>1291</sup> Elle se calque sur l'institution du droit allemand (« *Auflage* »; les articles 1940, et 2192 à 2196 du BGB) et peut être à un certain point comparée à l'institution du droit suisse des « charges et conditions » de l'art. 482 B du sCc., aux termes duquel « *[l]es dispositions peuvent être grevées de charges et de conditions, dont tout intéressé a le droit de requérir l'exécution dès que les dispositions elles-mêmes ont déployé leurs effets* ». Pour l'analyse de l'institution de « *polecenie* » en droit comparé, v. G. Górczyński, « *Istota polecenia testamentowego i jego zaskarzalność* », Actes du colloque du 21 novembre 2014 « *Non omnis moriar. Prawne zagadnienia pochówku, dóbr osobistych zmarłego, wybrane zagadnienia dziedziczenia oraz swoboda działalności funeralnej* », Faculté de droit et de l'économie, Université de Wrocław, pp. 281-297, disponible en ligne : [http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77856/18\\_G\\_Gorczynski-Istota\\_polecenia\\_testamentowego\\_i\\_jego\\_zaskarzalnosc.pdf](http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77856/18_G_Gorczynski-Istota_polecenia_testamentowego_i_jego_zaskarzalnosc.pdf), consulté le 15 août 2017.

<sup>1292</sup> Aux termes de l'art. 1009 du fCC : « *Le légataire universel, qui sera en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, sera tenu des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion et hypothécairement pour le tout ; et il sera tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927* ». Aux termes de l'art. 1012 fCC : « *Le légataire à titre universel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession du testateur, personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout* ». Le legs à titre particulier stipulé avec charge ne correspond guère à une « clause » d'arbitrage sous forme de « *polecenie* » puisqu'il concerne davantage une seule personne et un seul bien.



Il est donc plus difficile qu'en droit polonais d'imposer qu'elles lient toutes les personnes appelées à la succession. En revanche, tant en France qu'en Pologne, la non-exécution de la disposition testamentaire en question n'implique pas de responsabilité indemnitaire par rapport à d'autres personnes liées par la « clause d'arbitrage », comme cela serait le cas de la responsabilité d'un exécuteur testamentaire (l'institution d'un exécuteur testamentaire peut d'ailleurs être un moyen opportun pour le testateur de surveiller l'exécution de la charge). Une sanction contre la non-exécution de la voie d'arbitrage étant donc difficilement imposable, une partie intéressée pourrait uniquement contester la compétence de la juridiction étatique saisie au lieu du tribunal arbitral<sup>1293</sup>. La question de la validité de la clause ainsi « convenue » pourrait se poser à nouveau.

206. En conclusion, bien que la « convention » d'arbitrage ne s'oppose pas à l'esprit même du principe de dévolution volontaire en droit polonais et en droit français, la solution la plus certaine et la plus simple serait de renforcer les défaillances de son régime « contractuel » par l'introduction de dispositions législatives particulières permettant expressément une clause d'arbitrage dans le testament.

## ***2. En droit de l'Union européenne***

207. Le règlement 650/2012 a pour but de compléter les dispositions du règlement 1215/2012 Bruxelles I bis, qui excluent expressément la matière de succession de son champ d'application. Le règlement 650/2012 élargie significativement la portée de la volonté du testateur, suivant la position de la Commission européenne sur le détachement de la matière successorale de celle du droit de la famille, eu égard à son caractère patrimonial prépondérant<sup>1294</sup>. Des lors, selon l'art. 22 du règlement en question, le testateur peut choisir comme loi applicable à l'ensemble de la succession, la loi dont il possède la nationalité. La *professio iuris* peut avoir l'influence sur la

---

<sup>1293</sup> La disposition testamentaire pourrait être accompagnée par une sanction, une analogie avec la clause pénale pouvant interférer avec la nature de matière testamentaire, v. en ce sens P. Wautelet, *op. cit.*, p. 1350, n°23.

<sup>1294</sup> COM (2009), 154 final, exposé des motifs, 3.1

détermination de la *lex fori*, applicable à la qualification des biens<sup>1295</sup>. À cet égard, le testateur pourrait, à titre d'exemple, opter pour une loi qualifiant les droits dans le commerce, si le droit normalement applicable les détermine hors de celui-ci<sup>1296</sup>. Une telle option élargissait la portée de l'arbitrabilité des litiges de matière successorale internationale. Eu égard à la tendance du règlement 650/2012 d'augmenter le rôle de l'autonomie de la volonté, peut-on également s'attendre à un essor de la liberté contractuelle dans le domaine des dispositions testamentaires soumettant des litiges à l'arbitrage ? Une réponse négative s'impose immédiatement en raison du fait que les dispositions du règlement en question ne mentionnent pas l'arbitrage. Mais elles ne l'excluent pas non plus de son champ d'application, contrairement au règlement Bruxelles I bis<sup>1297</sup>.

208. Certes, l'art. 3, paragraphe 2, du règlement 650/2012 emploie le terme « *juridiction* » dans le sens large<sup>1298</sup>. Le tribunal arbitral pourrait donc satisfaire les conditions de l'autorité exerçant « *des fonctions juridictionnelles* » au sens de cet article, pourtant la condition additionnelle de « *recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité* » est rarement satisfaite par un tribunal arbitral<sup>1299</sup>. De plus, la convention d'arbitrage ne semble pas constituer l'hypothèse à laquelle se réfère l'art. 8 du règlement 650/2012 prévoyant la clôture de la procédure devant la juridiction saisie d'office « *si les parties à la procédure sont convenues de régler la succession à l'amiable par voie extrajudiciaire* », l'arbitrage n'étant pas un mode amiable de résolution des litiges. En conséquence, les règles de compétence contenues dans le

---

<sup>1295</sup> D. Martel, « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *Revue Le Lamy Droit civil*, n° 77, le 1<sup>er</sup> décembre 2010, p. 5.

<sup>1296</sup> En ce sens D. Martel, *ibid.* L'auteur perçoit le libéralisme du règlement 650/2012 comme excessif.

<sup>1297</sup> Une interprétation proposée par W. Jahnel, D. Sykora, N. Glattard, *op. cit.*, pp. 61 et s.

<sup>1298</sup> « Aux fins du présent règlement, le terme 'juridiction' désigne toute autorité judiciaire, ainsi que toute autre autorité et tout professionnel du droit compétents en matière de successions qui exercent des fonctions juridictionnelles ou agissent en vertu d'une délégation de pouvoirs d'une autorité judiciaire ou sous le contrôle d'une autorité judiciaire, pour autant que ces autres autorités et professionnels du droit offrent des garanties en ce qui concerne leur impartialité et le droit de toutes les parties à être entendues, et que les décisions qu'ils rendent en vertu du droit de l'État membre dans lequel ils exercent leurs fonctions: a) puissent faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire ou d'un contrôle par une telle autorité; et b) aient une force et un effet équivalents à une décision rendue par une autorité judiciaire dans la même matière b (...) ».

<sup>1299</sup> En ce sens W. Jahnel, D. Sykora, N. Glattard, *op. cit.*, pp. 61 et s.

règlement 650/2012 ne s'appliquent pas aux tribunaux arbitraux<sup>1300</sup>. Une solution contraire serait également incompatible avec l'approche adoptée par le règlement Bruxelles I bis. Le règlement européen n'inclut pas les clauses d'arbitrage dans son champ d'application.

## SECTION II. EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE

209. Un domaine où la question de l'arbitrabilité, ou plutôt de l'inarbitrabilité, semble se poser irrémédiablement, est celui du droit de la famille au sens strict. D'un côté, cette position n'est pas caractéristique dans tous les systèmes juridiques, le droit américain étant plus favorable à soumettre à l'arbitrage les matières litigieuses interdites dans de nombreux pays civilistes. D'un autre côté, le domaine en question est progressivement envahi par les modes alternatifs de résolution des litiges<sup>1301</sup>. En Pologne, le droit de la famille étant traditionnellement fermé à l'arbitrage quant aux litiges extrapatrimoniaux, le champ d'admission de la médiation jette la lumière sur les critères de l'arbitrabilité (**Paragraphe 1**). En droit français l'évolution de la société influence ce domaine du droit de différentes façons. Des nouvelles tendances découlant des phénomènes de *privatisation* et de *contractualisation* du droit de la famille mènent vers des modèles nouveaux de gestion des litiges qui en résultent (**Paragraphe 2**).

---

<sup>1300</sup> *Ibid.*, p. 62 et s.

<sup>1301</sup> En ce sens B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 60. Une conception intéressante, portant sur l'arbitrabilité des litiges dans le domaine du contentieux transfrontalier au sujet de la garde des enfants et des droits de visite, a été récemment présentée par M. Romano, v. G. P. Romano, « Arbitrabilité des litiges en matière de responsabilité parentale: état des lieux et perspectives », Conférence organisée par la Société genevoise de droit et de législation, Genève, 6 mars 2017. L'auteur démontre que l'intérêt public et étatique remet en cause la neutralité des tribunaux étatiques « mono-nationaux » dans le contexte de la situation d'un enfant après la séparation des parents. Eu égard au conflit entre ordres juridiques, reflétant à un certain point les conflits entre parents, « l'internationalité » du tribunal arbitral promet une meilleure justice et donne aux parents et aux enfants la possibilité de résolution des conflits familiaux internationaux, cf. également G. P. Romano, « Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale », In *Enlèvement parental international d'enfants*, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel/ Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel/ Bâle 2015, pp. 85-127.

***Paragraphe 1. La prépondérance de la médiation par rapport à l'arbitrage en droit polonais***

210. Contrairement à ce que nous allons voir en droit français, il semble particulièrement difficile d'analyser les voies possibles d'ouverture du droit de l'arbitrage aux litiges en cause, eu égard au caractère hypothétique de la réflexion. En droit polonais actuel c'est uniquement par le champ d'application des modes alternatifs de résolution des litiges *stricto sensu* (donc sans l'arbitrage) que nous pouvons prévoir, ou plutôt soupçonner, une évolution générale de la matière familiale et son éventuelle ouverture à l'arbitrage dans le futur.
211. Premièrement, le rôle de la médiation se renforce. Après les réformes récentes<sup>1302</sup>, les parties qui souhaitent que la justice soit saisie, à commencer bien entendu par la partie demanderesse, désirant aller à la cour, sont contraintes d'entreprendre une tentative de conciliation, visant particulièrement la médiation, avant d'entrer dans le litige portant sur l'objet de nature transigible. Dans le cas contraire, ou si le manque d'accord pour celle-ci n'a pas été justifié, elles risquent de supporter les coûts élevés du procès. Le tribunal peut à son tour, à tout moment de la procédure, inciter les parties à convenir d'une solution amiable du litige. Dans un tel contexte, on voit s'exprimer une tendance à changer complètement la façon d'aborder le litige, en essayant de contraindre les parties à envisager une forme de résolution amiable de leur différend avant de pouvoir le porter devant les tribunaux.
212. Par conséquent, on peut se demander si, en favorisant la médiation, le droit polonais tend à éloigner des tribunaux les parties au litige, à un point qui pourrait le conduire à

---

<sup>1302</sup> L'art. 10 du pICPC modifié par la loi du 10 septembre 2015 (*Dz. U.* de 2015, pos. 1595), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016, portant sur la modification du Code de la procédure civile et d'autres lois conformément à la promotion des méthodes alternatives de résolution des litiges. L'art. 10 pICPC prévoit que dans les litiges pour lesquels la conclusion d'une transaction est admise, la cour tend à favoriser une solution amiable du litige sur tous les étapes de l'instance, particulièrement par voie de médiation. La médiation est volontaire et, en vertu des articles 183<sup>1</sup> à 183<sup>15</sup> du pICPC, elle est conventionnelle ou judiciaire.

leur ouvrir les portes de l'arbitrage<sup>1303</sup>. Si l'on en relativise les coûts, l'arbitrage peut-il éventuellement — au moins pour les affaires d'une valeur litigieuse significative — gagner les faveurs du législateur et des justiciables par les propriétés de son mode original de résolution des litiges, conventionnel par sa source, mais juridictionnel par sa procédure et son dispositif ? La réponse semble plus complexe que l'observation tirée de l'analyse du droit de la consommation. Certes, le phénomène est universel : la tendance à encourager la résolution amiable des litiges s'observe aussi en droit français. Pourtant, alors qu'à l'égard du droit de la consommation, la doctrine française indique à juste titre le risque d'engouement par la médiation face aux garanties sous-estimées de l'arbitrage<sup>1304</sup>, l'aspect psychologique des litiges extrapatrimoniaux en droit de la famille peut vraiment jouer en faveur de la médiation, mais à l'encontre de l'arbitrage.

213. Deuxièmement, le champ d'application de la médiation est plus large. Etant donné que la transigibilité joue un rôle décisif tant dans l'arbitrage, en tant que critère de l'arbitrabilité, que dans la médiation, en tant que critère du litige qui peut mener à la transaction, le résultat de la concurrence entre la médiation et l'arbitrage est partiellement déterminé par ce critère. Chaque litige transigible peut être en effet soumis à la médiation. En revanche, parmi les litiges soumis à la médiation qui peuvent mener à une transaction, tous ne sont pas arbitrables.

À cet égard, les champs de la médiation et de l'arbitrage se chevauchent par rapport à la notion de transaction, surtout après l'introduction au droit polonais de la médiation familiale en 2005<sup>1305</sup>.

---

<sup>1303</sup> La popularité de la médiation en Pologne entre 2006 à 2015 a augmenté toutefois d'une manière significative - de 270 jusqu'à 19323 cas, v. T. Ereciński, *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. vol. II Postępowanie rozpoznawcze*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 24

<sup>1304</sup> Cf. *supra* Partie II, Titre II, Chapitre I, Section I.

<sup>1305</sup> V. A. Szumański, « Charakter prawny arbitrażu handlowego », In *System prawa handlowego (...), op. cit.*, n°s 95 et s., pp. 20 et s. La disposition soumettant des litiges familiaux transigibles à la médiation fait partie du pCPC portant sur le domaine familial étant objet de la procédure non contentieuse (l'art. 570<sup>2</sup> *ab initio* du pCPC) ce qui est considéré par la doctrine comme une erreur législative. Il est préconisé de la transférer dans la partie générale du pCPC, en indiquant la référence aux dispositions spéciales v. M. Malczyk-Herdzina, *op. cit.*, p. Une telle préconisation est justifiée puisqu'à l'état actuel du droit positif le régime général de la médiation (les art. 183<sup>1</sup>–183<sup>15</sup> du pCPC) s'applique à la médiation familiale, conformément à l'art. 13§2 pCPC, v. M. Malczyk, « Sprawy z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli », In A. Góra-Błaszczkowska, *Kodeks Postępowania Cywilnego. Tom I. Komentarz KPC, ART. 1-729*, CH. Beck, Warszawa 2015, pp. 1676 et s.

214. Tout d'abord, il convient d'examiner l'hypothèse la moins probable – l'arbitrabilité des litiges en question. En principe les litiges extrapatrimoniaux en matière familiale ne sont pas arbitrables car ils ne sont pas transigibles. Mais une fois relevé que, en vertu de l'art. 1157 du pCPC, la transigibilité détermine l'arbitrabilité, le caractère non autonome de ce critère apparaît à nouveau. La doctrine polonaise précise que la transaction ne peut pas être conclue dans le cas des litiges non disponibles – comme ceux portant sur l'annulation du mariage, le divorce, la séparation du corps, l'établissement de la filiation (soumis, selon le droit polonais, à une procédure contentieuse particulière)<sup>1306</sup>. Bien que ces litiges ne soient pas expressément exclus de l'arbitrage par les textes de loi, comme c'est le cas en droit français, la pratique et la doctrine leur dénie définitivement tout caractère disponible, et donc transigible, et donc arbitrable. La transaction est également exclue, dans le cas des litiges nécessitant la décision du juge, comme portant sur la garde des enfants, notamment sa déchéance et la limitation de son exercice, le rétablissement de l'autorité parentale (procédure non contentieuse)<sup>1307</sup>.
215. Ensuite, l'analyse de l'hypothèse la plus probable – la soumission des litiges en question à la médiation, n'est pas sans exceptions. Certes, il est possible de mener une médiation dans tous les litiges. Mais seuls les accords transactionnels conclus dans les différends transigibles peuvent recevoir l'homologation du juge<sup>1308</sup>. Ainsi le juge renvoie en principe à la médiation dans les affaires dans lesquelles l'objet de la médiation est transigible (l'art. 10 du pCPC), à l'exception des litiges portant sur la dissolution du mariage et la séparation de corps (l'art. 436 § 1, l'art. 436 §2 du pCPC). Le tribunal peut en effet, à la demande des parties ou d'office (lorsque le maintien du mariage semble envisageable ou pour que les époux se réconcilient), renvoyer les

---

<sup>1306</sup> Ł. Błaszczak, M. Ludwik, *op. cit.*, p. 103.

<sup>1307</sup> *Ibid.* Il convient pourtant d'observer une tendance intéressante. Malgré la position stable de la doctrine sur ce point, la liberté individuelle des parents a été renforcée récemment par le législateur. Selon l'art. 58. § 1 du KRO, tel que modifié en 2015, même si les parents ne parviennent pas à l'accord concernant l'exécution de l'autorité parentale et la garde des enfants après le divorce, le juge n'est pas obligée de restreindre l'autorité parentale de l'un des parents. De plus, sur demande commune et unanime des parents, la juridiction ne se prononce pas sur la garde des enfants ce qui confère aux parents une pleine autonomie dans la gestion de leurs contacts avec l'enfant.

<sup>1308</sup> M. Malczyk, *op.cit.*, pp. 1676 et s.

parties devant le médiateur<sup>1309</sup>. De plus, la médiation peut être entreprise pour résoudre les questions du soutien familial, des pensions alimentaires, de la responsabilité parentale, des contacts avec les enfants et de la propriété faisant l'objet d'un jugement de divorce ou de séparation (l'art. 445<sup>2</sup> du plCPC). Par conséquent, même si dans le cas des litiges indisponibles, comme ceux portant sur le divorce, un accord transactionnel ou une transaction judiciaire (l'art. 183<sup>15</sup> du plCPC) ne peut pas remplacer le jugement, le contenu de la transaction va être pris en considération par le tribunal dans celui-ci. La médiation peut être menée également, malgré le manque de caractère transigible, dans les litiges concernant l'établissement de l'étendue de l'autorité parentale (l'art. 570<sup>2</sup> *in fine* du plCPC)<sup>1310</sup>. La jurisprudence a confirmé l'admissibilité de l'accord transactionnel quant aux litiges portant sur l'établissement des relations personnelles entre les parents et l'enfant mineur<sup>1311</sup>.

## ***Paragraphe 2. L'évolution multifactorielle du droit français de la famille***

216. Il semble qu'en droit français le climat juridique facilite l'analyse de l'ouverture éventuelle des litiges extrapatrimoniaux familiaux à l'arbitrage. Cela n'est pas uniquement lié à l'évolution des mœurs sans doute plus libérales en France qu'en Pologne, mais résulte plutôt de la structure normative du droit français de l'arbitrage. Certes, ces deux facteurs sont strictement liés l'un à l'autre, et comme le souligne un auteur à l'égard du droit français, il faudrait « *chercher à préserver dans notre système juridique une cohérence interne sur les questions d'ordre familial, afin d'éviter une*

---

<sup>1309</sup> Le tribunal peut désigner un spécialiste des relations familiales pour la fonction de médiateur (l'art. 436§4 du plCPC).

<sup>1310</sup> V. E. Marszałkowska-Krześ, « Mediacja dotycząca władzy rodzicielskiej. Komentarz, Art. 570<sup>2</sup> », In *Kodeks postępowania cywilnego*, C.H.Beck, Legalis, Warszawa 2017. L'auteur précise que l'admissibilité de la médiation dans les affaires portant sur la tutelle n'a pas été précisée par le législateur. La jurisprudence et la pratique sont pourtant favorables au renvoi des parties à la médiation dans le cas de la détermination des affaires cruciales de la famille à défaut de l'accord des époux (l'art. 24 du KRO), l'attribution de la rémunération du conjoint qui ne contribue pas à satisfaire les besoins de la famille (l'art. 28 § 1 du KRO), l'exclusion de la responsabilité du conjoint pour les obligations contractées par l'autre conjoint en matière de satisfaction des besoins ordinaires de la famille (l'art. 30 § 2 du KRO), l'autorisation d'une activité pour laquelle le consentement de l'autre conjoint est requis (l'art. 39 du KRO), le règlement des contacts personnels avec un enfant mineur, la détermination d'exercice de l'autorité parentale (les articles 93 et s. du KRO), l'utilisation des équipements domestiques et ménagers répondant aux besoins de la famille (l'art. 281 du KRO).

<sup>1311</sup> SN, 2 octobre 2005, III CZP 75/05, *OSNC* 2006/9/142.

"*explosion des mœurs mal maîtrisée*" »<sup>1312</sup>. L'évolution semble pourtant inévitable et la « cohérence » ne veut pas dire le déni des changements sociaux, comme c'est le cas de l'hostilité du législateur polonais envers d'autres formes d'union civile telles que celle du mariage civil<sup>1313</sup>.

217. Encore en 2002 le même auteur disait : « *[i]l faut donc renoncer à tout espoir de voir un jour prochain se développer l'arbitrage dans des contentieux relatifs, par exemple, à la nullité d'un mariage, au prononcé d'un divorce ou, encore, à une recherche de paternité. Le seul moyen d'autoriser une telle extension de la procédure d'arbitrage serait, d'une part, d'abroger effectivement les articles 2059 et 2060 du frCc et, d'autre part, d'établir des " dispositions législatives particulières" en droit de la famille, qui permettraient de déroger à la limitation du domaine de la clause compromissoire telle qu'elle résulte de la nouvelle rédaction de l'art. 2061 du Code civil...* »<sup>1314</sup>.

218. Actuellement, la diversité des processus sociétaux est reflétée par les normes du droit français. Certes, le rôle des modes alternatifs de résolution des litiges en France et en Pologne est comparable (A). Le droit français permet pourtant de pousser plus loin l'analyse des potentialités de l'ouverture de l'arbitrage aux litiges familiaux de nature extrapatrimoniale, au moins dans le contexte de déjudiciarisation de celle-ci (B).

#### **A. La remise en question du caractère inapproprié de l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges extrapatrimoniaux**

219. D'un côté, le législateur français exclut explicitement de l'arbitrage certaines questions (« *les questions d'état et de capacité des personnes* » et « *celles relatives au divorce et à la séparation de corps* », en vertu de l'art. 2060 du frCc). Certes, l'arbitrabilité des litiges en question est analysée en droit français à la lumière de la disponibilité et de l'ordre public. Les questions de filiation, de nom, d'autorité parentale ou d'adoption

---

<sup>1312</sup> B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 63.

<sup>1313</sup> Les projets parlementaires de la loi sur les unions civiles ont été rejetés par le parlement polonais le 31 janvier 2013.

<sup>1314</sup> B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 62.



sont tellement pénétrées par l'ordre public qu'elles sont par conséquent imperméables à l'arbitrage. De plus, sont indisponibles : la capacité, le nom, la filiation, le prononcé du divorce et la séparation de corps, le PACS, la vie privée, l'honneur, l'intégrité physique. Tous ces droits sont incorporels, attachés à la personne et inaliénables<sup>1315</sup>. Toutefois, même ici l'exclusion n'est pas dépourvue de nuances. Alors que les questions d'état et de capacité des personnes forment, sans contester le noyau dur de l'ordre public, l'objet litigieux *lato sensu* de la procédure de divorce (et non seulement l'objet de son prononcé, comme en droit polonais), certains éléments de celle-ci sont davantage susceptibles d'être soumis à l'arbitre, au moins dans leur aspect patrimonial, comme nous l'avons vu précédemment dans le cas des conséquences patrimoniales de la dissolution du mariage<sup>1316</sup>. Sans doute, ensuite, l'exclusion de l'arbitrage par l'art. 2060 du frCc de la matière litigieuse relative à la capacité des personnes implique l'inarbitrabilité des litiges portant notamment sur la modification et la tenue de l'état civil, l'attribution de la nationalité ou la déclaration du décès<sup>1317</sup>. La *ratio legis* serait ici de protéger l'intérêt général (dans ce cas les intérêts de l'ensemble de la société, portant sur le respect de la vie privée) et c'est pour cette raison que ces matières « *intéressent l'ordre public* » (dans ce cas l'ordre public de protection). La même logique accompagne les questions portant sur le respect de la dignité de la personne humaine ou le droit à la vie privée. Comme le soutient toutefois à juste titre M. Billemont dans sa thèse, un argument contre l'arbitrage, reposant sur l'incapacité de l'arbitre à rendre une décision opposable *erga omnes* et concernant en même temps une situation objective (par exemple le décès) n'est pas convainquant<sup>1318</sup>. Partant du postulat que la relativité de la sentence arbitrale peut être contrebalancée par son opposabilité en tant que fait juridique après avoir été dotée de l'attribut de l'autorité de la chose jugée<sup>1319</sup>

---

<sup>1315</sup> A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *op. cit.*, pp. 44 et s.

<sup>1316</sup> « *En matière de divorce, il n'est pas concevable de confier à un arbitre le soin de prononcer le divorce et pas davantage de répartir les torts entre les époux. Mais la fixation de la prestation compensatoire pourrait fort bien être confiée par les parties à un arbitre.* », v. A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *op. cit.*, pp. 44 et s.

<sup>1317</sup> V. entre autres P. Catala, *op. cit.*, p. 289.

<sup>1318</sup> J. Billemont, *op. cit.*, n°139, p. 98. L'auteur se réfère (d'une manière critique) à P. Ancel, *J-Cl., Procédure civile*, fasc. 1024, n° 28.

<sup>1319</sup> Cass. com., 26 mai 2009, *CSF c. Prodim*, JCP éd. G 2009, I, 462, obs. Béguin; Cass. com., 23 janvier 2007, JCP G 2007, I, 168, obs. Béguin.

ainsi que par un recours en tierce opposition (l'art. 1501 du frCPC)<sup>1320</sup>, on peut en effet constater que la force de cet argument est faible et que l'incompatibilité irrévocable entre l'arbitrage et la matière litigieuse familiale extrapatrimoniale n'existe pas<sup>1321</sup>. C'est la protection de l'intérêt général qui, par l'approche adoptée par la politique juridique, a été confiée à la juridiction étatique<sup>1322</sup>.

220. D'un autre côté, par rapport au droit polonais, le droit français offre plus d'options quant aux modes alternatifs de résolution des litiges. La reconnaissance de la médiation familiale a été confirmée par la loi sur l'autorité parentale du 4 mars 2002<sup>1323</sup> et la loi du 26 mai 2004 relative au divorce<sup>1324</sup>. A la suite de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 qui a introduit un régime commun à toutes les médiations dans le but de contribuer à l'essor des modes alternatifs de résolutions des litiges, l'arrêté du 16 mars 2017, lié à la réforme introduite par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » et désignant les juridictions habilitées à expérimenter la tentative de médiation préalable obligatoire à la saisine du juge en matière familiale, a encore renforcé cette tendance<sup>1325</sup>.

221. La procédure dite « participative », que le droit français a connue récemment, constitue une autre option, exemptée de l'intervention d'un tiers. Introduite par les articles 2062 à 2068 du frCc et modifiée par la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. », elle a été inspirée par les instruments du droit collaboratif de la Common Law et constitue un acte de l'engagement des parties à la résolution amiable du litige<sup>1326</sup>. De la même façon, comme c'est le cas de la transaction, un accord éventuel est obligatoirement homologué par un juge, les parties étant pourtant assistées par des avocats dans l'élaboration d'une solution issue de leur commun accord. Si l'accord n'est pas conclu, le litige est soumis

---

<sup>1320</sup> V. également *supra* Partie II, Titre I, Chapitre I, II et l'étude des limites contractuelles de l'arbitrage dans le droit des sociétés et le droit des brevets.

<sup>1321</sup> En ce sens J. Billemont, *op. cit.*, n°139, p. 98.

<sup>1322</sup> *Ibid.*

<sup>1323</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, à la lumière de laquelle le juge, reprenant un rôle de conciliateur, peut inciter les parents à entreprendre la médiation.

<sup>1324</sup> Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004.

<sup>1325</sup> V. les articles 373-2-13 du frCc et l'art. 7 de la loi « Justice du XXI<sup>e</sup> s. ».

<sup>1326</sup> Th. Clay, « L'arbitrage, les modes alternatifs (...) », *op. cit.*, n° 37.

au juge compétent sans conciliation ou médiation préalable. Le champ d'application de la procédure participative englobe en principe les droits disponibles, toutefois elle peut également porter sur les questions de divorce et de séparation de corps (l'art. 2067 du frCc). À cet égard, elle semble élargir le champ des litiges disponibles. Certes, indépendamment du résultat de cette procédure, même si elle peut se rapprocher des positions des parties, elle déclenche la procédure de divorce ou de séparation de corps devant le juge (les époux ne sont notamment pas dispensés de se conformer à la procédure de divorce par consentement mutuel)<sup>1327</sup>. Mais l'apparition de la procédure participative rend moins convaincante la perception du divorce et de la séparation de corps à travers le seul prisme de l'indisponibilité de l'objet litigieux. Une fois le caractère strictement indisponible des litiges remis en question, un changement de l'approche adoptée par la politique juridique n'est pas exclu à l'égard de l'arbitrage.

## **B. La déjudiciarisation en droit de la famille – vers l'ouverture à l'arbitrage ?**

222. Malgré la démonstration présentée ci-dessus, le droit français, en son état actuel, n'admet pas l'arbitrabilité des litiges extrapatrimoniaux concernant la famille. Au sens de l'art. 2016 du frCc, les rapports familiaux, même lorsqu'ils sont contractuels, ne relèvent pas d'une activité professionnelle. Par conséquent, tant le compromis que la clause compromissoire sont exclus de ce domaine. Pourtant, eu égard à la contractualisation et à la déjudiciarisation du droit de la famille en France, notamment en matière d'unions civiles et de dissolution du mariage, il n'est pas interdit de s'interroger sur l'avenir de l'arbitrage en droit extrapatrimonial de la famille.

223. Le droit français accueille déjà depuis plusieurs années le débat portant sur le rôle du juge dans la dissolution du mariage. La réforme du divorce de 2004 a réduit le rôle du juge à la simple constatation du divorce pour « *altération irrémédiable des relations conjugales* »<sup>1328</sup>, en visant surtout à réglementer les conséquences du divorce dans le seul cas de l'absence d'accord entre les époux. Une telle évolution a conduit un commentateur peu suspect d'encourager l'arbitrage à se poser cette question :

---

<sup>1327</sup> A. Depondt, « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *op. cit.*, pp. 44 et s.

<sup>1328</sup> Comme indiqué par B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 63.

«pourquoi ne pas autoriser les parties à recourir à un arbitrage si elles le souhaitent, ce qui ne ferait que confirmer la tendance au “déclin du rôle de l’autorité judiciaire” en cette matière ?»<sup>1329</sup>. Selon cette approche, la déjudiciarisation de la procédure de divorce, au moins pour certains aspects, pourrait contribuer à l’ouverture de ces matières à l’arbitrage, à l’instar du droit américain<sup>1330</sup>. L’instauration d’un divorce simplifié sans juge semblait dès lors pour certains une première démarche possible vers ce but<sup>1331</sup>. Pour d’autres, un tel pas impliquerait en même temps le risque d’une «*décadence de l’institution matrimoniale en tant que l’un des piliers du droit de la famille*»<sup>1332</sup>.

224. Le premier signe de cette évolution, spécialement en tant qu’étape dans le mouvement de contractualisation du droit de la famille, a été le pacte civil de solidarité (« PACS »), introduit dans le frCc par ses articles 515-1 à 515-7, qui a créé une forme d’union civile largement soumise à la volonté individuelle. Les conditions de sa conclusion et de son extinction dépendent des règles d’ordre public introduites par la loi du 15 novembre 1999<sup>1333</sup>, s’appliquant uniquement à son aspect patrimonial. Par conséquent, il peut être soutenu que les aspects extrapatrimoniaux sont à la disposition des parties et ne font l’objet d’aucun ordre public spécifique<sup>1334</sup>. *De lege lata*, la législation française n’admet cependant à cet égard ni clause compromissoire ni un compromis, et il en va de même de la dissolution du mariage<sup>1335</sup>.
225. Ensuite, avec la réforme « Justice du XXI<sup>e</sup> s. » le législateur français a introduit une nouvelle forme prouvant la déjudiciarisation du droit de famille. La nouvelle variante du divorce par consentement mutuel repose depuis lors sur une convention, conclue par

---

<sup>1329</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>1330</sup> En ce sens, *ibid.*

<sup>1331</sup> L. Posocco, *La clause compromissoire (...), op. cit.*, n°282, pp. 234 et s.; L. Posocco, «L’inarbitrabilité des litiges », *op. cit.*, p. 4.

<sup>1332</sup> B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 63.

<sup>1333</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

<sup>1334</sup> B. Mallet-Bricout, *op. cit.*, p. 63 et s.

<sup>1335</sup> *Cf. ibid.*, p. 63 et s.

les conjoints assistés de leurs avocats<sup>1336</sup>. Après avoir constaté l'accord des époux, le rôle du notaire est de conserver le document, doté de date certaine et de force exécutoire. La voie judiciaire du divorce par consentement mutuel reste ouverte aux majeurs protégés et aux époux dont un enfant mineur demanderait à être entendu par le juge<sup>1337</sup>. « *Le choix fait par le législateur est révolutionnaire* »<sup>1338</sup>. Dès lors c'est la volonté des époux qui est à l'origine du divorce, l'intervention n'étant pas nécessaire<sup>1339</sup>. Ainsi, les conséquences de la séparation des conjoints, même en présence d'enfants, est soustraite du contrôle judiciaire. Comme le soutient un auteur, le divorce se rapproche à cet égard à la rupture du PACS<sup>1340</sup>. La distinction entre la déjudiciarisation et contractualisation devient désormais extrêmement subtile, « *déjudiciarisation et contractualisation sont donc deux faces d'une même réalité : le divorce et de ce fait le mariage sont désormais entre les mains des époux* »<sup>1341</sup>. C'est également l'accord des époux sur le principe du divorce et sur ses conséquences qui remplace le prononcé du divorce. Par ailleurs, il faut noter que le contrôle du juge a été remis en question pendant longtemps<sup>1342</sup>. Malgré son caractère symbolique il ne semblait pas effectif, pourtant son existence permettait aux avocats « *de mieux cadrer les éléments de la convention au cours de la procédure de divorce par consentement mutuel* »<sup>1343</sup>.

226. Les doutes concernant tant la raison d'être que des risques possibles de la réforme sont multiples. Mme Fenouillet propose différentes hypothèses à l'égard des motifs de la réforme – la soustraction de la vie familiale des justiciables à l'État, l'allègement de la

---

<sup>1336</sup> « *Le divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire* »; loi n° 2016-1547, art. 50, I, 2°.

<sup>1337</sup> D. Fenouillet, « Le divorce sans juge », *Recueil Dalloz* 2016, p. 1424.

<sup>1338</sup> H. Fulchiron, « Divorcer sans juge. – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle », *La Semaine Juridique Ed. Général* n° 48, 28 novembre 2016, p. 1267.

<sup>1339</sup> Le contrôle du consentement des époux par le juge n'est plus exercé (l'art. 232 du frCc).

<sup>1340</sup> H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 1267.

<sup>1341</sup> *Ibid.*, p. 1267.

<sup>1342</sup> *Ibid.*, p. 1267.

<sup>1343</sup> *Ibid.*, p. 1267.

procédure, la réduction des dépenses publiques<sup>1344</sup>. Aucune ne lui paraît pourtant convaincante<sup>1345</sup>. Multiples sont par contre les risques. Il s'agit surtout de l'effacement possible de l'intérêt de l'enfant. Comme dit le même auteur, « *[d]ivorcer sans juge, c'est laisser les parents décider seuls de l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi le projet ferme cette voie si l'enfant demande à être entendu. Mais quel enfant fera cette demande ? Quid de l'enfant en bas âge ?* »<sup>1346</sup>. Il existe également, selon ledit auteur, un risque de l'injustice de la convention pour un époux<sup>1347</sup>. Le consentement mutuel peut en effet résulter des coûts élevés de la procédure (deux avocats engagées) et de la crainte d'un échec de l'accord « *en l'absence d'un juge ayant autorité et pouvoir pour les faire s'accorder* »<sup>1348</sup>.

227. Quelle répercussion donc sur l'arbitrage et sur l'arbitrabilité ? *Prima facie*, il est difficile de faire l'analogie puisqu'on ne parle pas ici d'un litige. Si dans le cas du divorce ou de la dissolution du PACS il s'agit de la recherche d'une sorte de compromis, dans le cas du PACS – c'est la volonté commune qui forme une union civile. Seules les conséquences du divorce ou de la séparation pourraient, comme démontré ci-dessus, être soumises à une procédure contentieuse. Néanmoins, ce qui peut jeter la lumière sur l'ouverture éventuelle du droit de la famille à l'arbitrage dans le futur, c'est la discussion sur la nature du mariage dans laquelle s'enracinent les dernières réformes du droit français. Il s'agit notamment du rôle des éléments de nature publique que la société et la loi accordent au mariage, illustré par son caractère institutionnel au stade de la formation et de dissolution de l'union. En contractualisant cette dernière, le législateur semble remettre en cause la valeur de la première. Un auteur se demande « *comment prétendre que le mariage demeure une institution si l'autorité publique abandonne tout contrôle de l'équilibre des intérêts en présence à des professionnels du droit, peut-être parfaitement compétents pour éclairer les époux et les assister dans la défense de leurs intérêts respectifs, mais dépourvus de toute*

---

<sup>1344</sup> D. Fenouillet, « Le divorce sans juge », *op.cit.*, p. 1424.

<sup>1345</sup> *Ibid.*, p. 1424.

<sup>1346</sup> *Ibid.*, p. 1424.

<sup>1347</sup> *Ibid.*, p. 1424.

<sup>1348</sup> *Ibid.*, p. 1424.

*délégation d'autorité publique ? »*<sup>1349</sup>. De telles craintes, quoique justifiées selon nous quant à l'importance des institutions du droit de la famille, prouvent en effet l'existence des inquiétudes générales concernant la fiabilité et l'efficacité des modes de résolution des litiges en dehors de l'autorité publique.

## CONCLUSION DU TITRE II

228. D'une part, le droit de l'arbitrage est sujet à des transformations du fait de l'évolution de la réalité sociétale et économique. Le phénomène affecte également le champ du domaine arbitral. Dans ce cas, l'accent est mis sur le processus de l'adaptation de l'institution de l'arbitrage à la multiplicité des intérêts économiques et sociaux qui le concernent. L'arbitrabilité des litiges coïncide strictement avec la validité de la convention d'arbitrage, et est soumise, avec elle, aux « adaptations » nécessaires. À cet égard, les réformes récentes entreprises par les législateurs français et polonais en matière de droit de la consommation, et par le législateur polonais dans le domaine du droit de la faillite, devraient être évaluées positivement à la lumière de la modernisation des standards de l'arbitrage fiable et effectif.
229. D'autre part, grâce aux mouvements de contractualisation et de la déjudiciarisation du droit privé, l'institution de l'arbitrage n'est pas loin de conquérir de nouveaux domaines. Alors que rien ne s'oppose en réalité à l'admission du caractère arbitral des litiges patrimoniaux en droit de la famille, le rétablissement de la confiance des parties, quant à la résolution individuelle des litiges extrapatrimoniaux, mène à la démythification de l'arbitrage, l'arbitrabilité devenant « potentielle ». De tels domaines feront prochainement l'objet d'analyses qui ne seront plus seulement théoriques.

---

<sup>1349</sup> C. Brenner, « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *La Semaine Juridique, Ed. Générale* n°9, 27 février 2017, pp. 342-345.

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

230. D'une part, l'étude de la mise en œuvre de la notion d'arbitrabilité démontre avec force que l'inarbitrabilité n'est pas un concept démodé. Au contraire, les limites traditionnelles de l'arbitrage, inhérentes à sa nature, continuent de constituer des obstacles à l'essor de l'arbitrage, malgré la diversité des solutions qui apparaissent en droit comparé. L'arbitrabilité, souvent « conditionnelle », doit tenir compte des objectifs de l'intérêt général et des principes d'accès au juge et du procès équitable.
231. Cette approche pratique de l'arbitrabilité constitue en même temps une étude de la notion d'arbitrabilité dans un sens plus large, allant au-delà de la portée de ses critères, et porte sur l'admissibilité de la convention d'arbitrage tout en s'intéressant au déroulement de la procédure arbitrale. L'analyse de l'arbitrabilité *lato sensu* constitue par conséquent une contribution à la formation du concept holiste de l'arbitrage.
232. D'autre part, l'analyse de la mise en œuvre du concept d'arbitrabilité laisse apparaître le caractère progressif de l'arbitrage, soumis aux transformations de la réalité normative et extra-juridique. Le domaine arbitral doit répondre à ces enjeux. Les nouvelles perspectives de l'arbitrabilité « potentielle » se concrétisent au fil des évolutions de la société, comme en témoigne la confiance croissante accordée aux modes alternatifs de résolution des litiges.

\*

\*

\*



## Conclusion

---

233. Tout au long de cette étude, nous avons cherché à vérifier les hypothèses suivantes :

- 1) la réglementation polonaise de l'arbitrabilité, basée sur la transigibilité, n'a pas rempli son rôle en tant qu'indicateur pertinent des litiges arbitrables ;
- 2) à la suite des processus de libéralisation du droit de l'arbitrage, il s'est développé un concept d'arbitrabilité « transnationale » ;
- 3) la libéralisation des critères d'arbitrabilité est créateur d'incertitude juridique et nécessite de redéfinir les limites de l'arbitrabilité.

234. Pour étudier l'arbitrabilité, nous avons adopté l'approche favorable à l'arbitrage en s'engageant dans la recherche de la liberté contractuelle, exprimée par une large étendue des litiges arbitrables. Suivant la citation de René David, par laquelle nous avons commencé notre recherche – « *[l]a vérité, c'est que l'arbitrage n'est pas, dans son essence, un phénomène juridique ; l'arbitrage est dans son essence un phénomène distinct du droit, antagoniste au droit, et c'est la raison pour laquelle les juristes n'arrivent ni à le saisir parfaitement ni à le réglementer convenablement* »<sup>1350</sup>, nous avons d'abord envisagé l'arbitrage surtout comme un phénomène contractuel, et le champ de l'arbitrabilité objective comme une illustration de la confiance attribuée aux arbitres et aux parties, que le droit positif devrait assurer, promouvoir et renforcer.

235. Pourtant, tout au long de notre recherche, nous nous sommes rendu compte que la *favor arbitrandum* ne découle pas uniquement de l'aspect contractuel mais est également encadré par l'aspect juridictionnel. En effet, le caractère privé de l'arbitrage ne veut pas dire qu'il est détaché du droit. Au contraire, c'est à l'égard du droit positif que

---

<sup>1350</sup> R. David, « Arbitrage et droit comparé », *op. cit.*, p. 12.

l'étude de la réglementation efficace de l'arbitrabilité et des tendances favorables à celle-ci devient possible. C'est en effet une première épreuve pour le concept même de l'arbitrabilité, dont l'équilibre entre l'aspect contractuel et la dimension juridictionnelle évolue au cours des années et au travers des courants théoriques de l'arbitrage, pour atteindre de nos jours un état relativement stable.

236. Notre recherche a eu un cadre précisément défini. L'objectif général de ce travail était d'analyser des solutions adoptées en droit polonais et d'étudier leur efficacité quant à la soumission des litiges du droit privé à l'arbitrage. Le choix méthodologique de l'analyse comparative était motivé par la volonté de cerner les contours de l'arbitrabilité du point de vue d'un juriste polonais. Selon René David, « *[d]e même que les études historiques, dont elles sont le complément naturel, les études comparatives peuvent nous servir à mieux comprendre nos propres institutions, à découvrir l'esprit qui les inspire, et à suggérer, grâce à la meilleure connaissance qu'elles nous donnent de nous-mêmes, une amélioration et une meilleure adaptation des règles de droit qui nous gouvernent* »<sup>1351</sup>.

237. Au cours de notre travail, la recherche en droit comparé a corroboré l'idée selon laquelle l'arbitrabilité ne repose pas uniquement sur un critère normatif et peut être envisagée à différents niveaux d'analyse. Sur le point conceptuel, le bilan de notre recherche est certainement positif, tout en étant plus nuancé sur le point pratique. À cet égard, l'appréciation et la recherche d'une modification éventuelle du critère polonais d'arbitrabilité nous ont conduites à adopter deux axes principaux de recherche. Pour cerner la notion d'arbitrabilité sur le plan théorique, nous avons, d'une part, adopté une approche descriptive, qui incarne l'étude *stricto sensu* de l'arbitrabilité. D'autre part, nous avons engagé une recherche de l'application du concept d'arbitrabilité dans les différents domaines du droit pour apporter un encadrement d'une manière prospective. Une telle démarche a conduit à une appréciation *lato sensu* de la notion d'arbitrabilité. Alors que notre premier axe de recherche nous a rapproché des modèles complexes des critères normatifs d'arbitrabilité, la réflexion sur le deuxième axe a démontré

---

<sup>1351</sup> *Ibid.*, p. 10.

l'existence des différentes facettes d'arbitrabilité, telles que l'arbitrabilité « conditionnelle », l'arbitrabilité « appropriée » et l'arbitrabilité « potentielle », sans pour autant remettre en question le fait qu'un litige est ou n'est pas arbitrable.

238. En ce sens, les réflexions que nous avons développées suivant notre premier axe de recherche, permettent de constater que la réponse à la question de savoir si le critère polonais d'arbitrabilité doit être soumis à une révision et selon quelles modalités, est plus nuancée que nous ne l'imaginions au départ.
239. Tout d'abord, selon la problématique de l'hypothèse 1, les ordres juridiques, dont le législateur polonais s'est inspiré, à juste titre, lors de la dernière réforme du droit de l'arbitrage en 2019, ne sont pas « plus » ou « moins » favorables à l'arbitrage, sous le seul angle de la réglementation du critère d'arbitrabilité. Certes, ils peuvent être plus ou moins enracinés dans le courant contractuel ou juridictionnel de l'arbitrage, mais cela ne reflète que de manière imparfaite leur position actuelle envers l'arbitrabilité. Les solutions adoptées notamment en droit français, l'un des représentants de la famille des droits romanistes et propagateur de l'idée de liberté contractuelle, posent plusieurs obstacles à la convention d'arbitrage, si bien que le régime proposé a fait l'objet d'une réforme récente. Il se peut qu'elles limitent l'arbitrabilité également par biais du concept omniprésent d'ordre public, plus restrictif dans la matière interne. Une véritable souplesse du droit français de l'arbitrage repose néanmoins sur la force de jurisprudence, dotée du pouvoir de libérer certains domaines du droit des « stigmates » de l'ordre public.
240. En revanche, les ordres juridiques appartenant à la famille des droits germaniques font preuve d'une grande adaptabilité par rapport à l'essor de l'arbitrage, s'agissant tant de la réglementation du critère d'arbitrabilité que du « détachement » du concept d'ordre public en droit de l'arbitrage. À cet égard, en raison de la nature et de l'origine du droit polonais, le législateur polonais suit, à juste titre, les modèles législatifs caractéristiques des législations enracinées dans la famille des droits germaniques, leur lien initial avec la théorie juridictionnelle de l'arbitrage étant de nos jours plutôt un facteur stabilisant sa crédibilité que constituant un fardeau. Une sorte de mixité entre les influences des droits germaniques et romanistes, comme c'est le cas entre autres

des droits suisse et belge, permettent, d'ailleurs, d'établir des modèles « modernes » de l'arbitrage, illustrés notamment par l'objectivité des critères d'arbitrabilité.

241. Ensuite, substituer un critère à un autre n'a de sens que dans le contexte normatif plus large. En effet, ce ne sont pas seulement les critères normatifs qui diffèrent entre eux, mais surtout leur interprétation qui façonne l'étendue du domaine arbitrable en réalité. Certes, les critères d'arbitrabilité convergent, comme c'est notamment le cas de la transigibilité et de la libre disponibilité. Du point de vue sémantique, ils indiquent tous les deux les droits disponibles. Une fois qu'ils ont convergé, leur résultat final peut pourtant diverger, les mêmes idées-sources étant interprétées différemment. C'est surtout le cas du concept d'ordre public qui influence inégalement la vision d'arbitrabilité selon l'ordre juridique donné. En ce sens, des critères divers d'arbitrabilité peuvent être représentés des courbes sinusoïdales qui se recoupent en certains points seulement. Par conséquent, il nous semble souhaitable d'adopter des critères d'arbitrabilité aussi clairs et universels que possible, tels que la nature patrimoniale des litiges, ainsi que des critères référentiels par rapports aux autres, tels que la libre disposition des droits, en cas de litiges extrapatrimoniaux, au moins dans les ordres juridiques « détachés » de l'ordre public. Cette approche constitue en même temps notre proposition législative dans le cadre du débat sur la réglementation de l'art. 1157 du plCPC. L'exemple récent tiré de la réforme du droit polonais de 2019 démontre, toutefois, que le critère de transigibilité maintenu à cet égard, devrait être soumis à l'observation vigilante des commentateurs.
242. Finalement, les ordres juridiques peuvent potentiellement élargir le domaine arbitrable en s'adaptant aux besoins de l'arbitrage international. De ce point de vue, le concept de l'arbitrabilité « transnationale », décrite par l'hypothèse 2, s'oppose avec succès à l'exception d'inarbitrabilité (« *non-arbitrability doctrine* »). Certes, des législateurs qui ont décidé d'adopter un modèle dualiste de l'arbitrage, comme c'est le cas notamment du droit suisse et français, ont potentiellement créé un environnement normatif plus propice à libéraliser les critères d'arbitrabilité, également en matière interne. Cela pourtant ne constitue pas une règle, la simplicité des régimes monistes ne devant pas être sous-estimée dans le contexte des critères d'arbitrabilité. À cet égard, le législateur polonais qui s'est rallié à la solution moniste, et pour lequel l'arbitrage international ne constitue pas encore une épreuve insurmontable, aurait davantage

intérêt à étudier et à suivre éventuellement des solutions transitoires, comme celles proposées par des régimes monistes « intermédiaires » afin de préparer une base de l'internationalisation future du droit de l'arbitrage.

243. La réflexion portant sur le deuxième axe de recherche révèle le besoin d'aller au-delà de la réglementation du critère d'arbitrabilité, pour que le domaine arbitral soit cohérent, clairement établi et garantissant une procédure arbitrale fiable. La question que nous nous sommes posés tout au long de la recherche portait sur l'opportunité de rendre arbitral plus des domaines du droit, incluant également ceux, traditionnellement décrits comme sensibles. Une telle question renvoie en réalité à l'efficacité et à la crédibilité de l'arbitrage et essaie de prévenir les risques éventuels de diminution de confiance envers l'institution de l'arbitrage, aveuglée par une expansion irréfléchie. À cet égard, conformément à l'hypothèse 3, du point de vue de la sécurité juridique, l'évolution de l'arbitrabilité apparaît inachevée et ne devrait pas être remplacée par une recherche non critique de l'efficacité de l'arbitrage, qui pourrait avoir pour effet de mettre en cause sa crédibilité.
244. D'un côté, il résulte de notre recherche que les limites de l'arbitrage, traditionnellement liées à la nature contractuelle de l'arbitrage, affectent avec force l'arbitrabilité de certains litiges, comme ceux en droit des sociétés. Tout en ne constituant pas un obstacle insurmontable à l'arbitrage, cela fait pourtant appel à des solutions « en dehors » de réglementation de celui-ci. À cet égard, l'arbitrabilité devient « conditionnelle », et dépend, non seulement des précisions législatives, comme c'est le cas de l'opposabilité de la convention d'arbitrage à consommateur, mais également des facteurs externes, comme notamment dans le cas de l'inscription du brevet dans un registre officiel, remettant en question des prérogatives traditionnelles de l'arbitrage, comme la confidentialité. L'arbitrabilité peut également être « appropriée », en fonction de la coordination des procédures, comme c'est le cas du droit des procédures collectives.
245. D'un autre côté, l'arbitrabilité devient « potentielle », ou « probable », comme l'illustre le droit de la famille. Grâce au processus de contractualisation et déjudiciarisation du droit privé, les domaines « interdits » à l'arbitrage placent celui-ci au-devant d'épreuves et de perspectives nouvelles.

246. Par conséquent, la question de l'autonomie du droit de l'arbitrage en tant que système normatif reste ouverte. Alors que l'époque est à l'essor de l'arbitrage vers de nouveaux domaines de droit et de nouveaux horizons, le défi pour le législateur ne consiste pas seulement à trouver l'équilibre entre la rigidité et la flexibilité des normes applicables à la justice privée. La question se pose de savoir à quel point la réglementation de l'arbitrage doit reprendre les solutions adoptées par la procédure civile, et dans quelle mesure elle reste autonome dans le cadre des principes inhérents à sa structure. La difficulté de la réglementation de l'arbitrage concerne en ce sens son efficacité à la lumière de sa fiabilité. Il relèvera alors du législateur, et des institutions arbitrales elles-mêmes, de conceptualiser des règles favorables à l'arbitrage afin de promouvoir une justice privée fonctionnelle.

\*

\*

\*

## Bibliographie

---

### Ouvrages généraux

ALLAND A. *Droit international public*, 1ère éd., PUF, Paris 2000.

ARROYO M. (éd). *Arbitration in Switzerland, The practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2013.

ARMINJON P. NOLDE B., WOLFF M. *Traité de droit comparé I*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1950.

BERGER B. KELLERHALS F. *International and domestic arbitration in Switzerland*, Beck/Hart, Bern 2015.

BERNARD A. *L'Arbitrage volontaire en droit privé*, Bruylant, Bruxelles 1937.

BŁASZCZAK Ł., LUDWIK M. *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, C.H. Beck, Warszawa 2007.

BONCENNE M., BOURBEAU O. *Traité de la procédure civile*. t. 6, vol. 2. Videcoq, Paris 1847.

BORN G. *International Civil Litigation in United States Courts, Commentary and Materials*, Wolters Kluwer, Deventer 1996.

BORN G. *International Commercial Arbitration - Second Edition*, vol. 1, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.

BRONIEWICZ W. *Postępowanie cywilne w zarysie*, LexisNexis, Warszawa 2006.

CABRILLAC R. *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, Paris 2008.

CISZEWSKI J. ERECIŃSKI T. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, Tom 6. Międzynarodowe postępowanie cywilne, Sąd polubowny (arbitrażowy)*, 2ème éd., Wolters Kluwer, Warszawa 2007.

CLAY Th. (dir.). *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, Lextenso, Paris 2011.

CORNU G., FOYER J. *Procédure civile*, 3ème éd., PUF, Paris 1996.

CORNU G. *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadriga, PUF, Paris 2018.

- DAVID R., JAUFFRET-SPINOSI C. *Les grands systèmes de droit contemporains*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 1988.
- DE BOISSESON M. *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN-Joly éd., Paris 1990.
- DU VALL M. *Prawo patentowe*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2008.
- EBBING F. *Private Zivilgerichte*, C.H. Beck, München 2003.
- ERECIŃSKI T. *Postępowania rozpoznawcze*, In T. Ereciński (éd.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.
- ERECIŃSKI T. *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2007.
- ERECIŃSKI, T. (éd.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Międzynarodowe postępowanie cywilne. Sad polubowny (arbitrażowy)*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- FOELIX J. *Traité de droit international privé*, 2<sup>ème</sup> éd., Joubert, Paris 1847.
- FOUCHARD P., GAILLARD E., GOLDMAN B. (éd.) *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris 1996.
- GAILLARD E, SAVAGE J. (éd.). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 1999.
- GIRSBERGER D., VOSER N. *International arbitration in Switzerland*, Schulthess, Zürich 2012.
- GIRSBERGER D., VOSER N. *International Arbitration. Comparative and Swiss Perspectives*, Schulthess, Zürich 2016.
- GOŁACZYŃSKI J. *Prawo prywatne międzynarodowe*, C. H. Beck, Warszawa 2003.
- GOODE R.M. *Commercial Law*, Penguin, London 1982.
- GÓRA-BŁASZCZYKOWSKA A. *Kodeks Postępowania Cywilnego. Tom I. Komentarz. ART. 1-729*, CH. Beck, Warszawa 2015.
- GRZYBOWSKI S. *System prawa cywilnego*, t 1., *Część ogólna*, Ossolineum, Wrocław 1974.
- GUINCHARD S., BANDRAC M., DOUCHY M. et al. *Droit processuel. Droit commun du procès*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 2003.
- JAKUBECKI A., ZEDLER F. *Prawo upadłościowe i naprawcze*, Zakamycze, Kraków 2003.



- JOLIDON P. *Commentaire du Concordat Suisse sur l'arbitrage*, Staempfli & Cie SA, Berne 1984.
- JOUSSE D. *Traité de l'administration de la justice*, t. 2, Debure, Paris 1771.
- KEUTGEN G., DAL G.-A. *L'arbitrage en droit belge et international*. t. 1. *Le droit belge*, Bruylant, Bruxelles 2006.
- KIDYBA A. (éd.). *Kodeks cywilny. Komentarz*. Tom 1, *Część ogólna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- LALIVE P., POUDRET J.F., REYMOND C. *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, éd. Payot, Lausanne 1989.
- LEW J.D.M., MISTELIS L.A., KRÖLL S.M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 2003.
- LINSMEAU J. *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, RPDB Supplément, vol. VII, Bruylant, Bruxelles 1991.
- LOQUIN E. *L'arbitrage du commerce international*, Lextenso, Issy-les-Moulineaux 2015.
- MAYER P., HEUZÉ V. *Droit international privé*, Montchrestien, Paris 2007.
- MERLIN P. *Recueil alphabétique de questions de droit*, 4<sup>ème</sup> éd., vol. 9, Tarlier, Bruxelles 1829.
- MOREK R. *Mediacja i arbitraż (art. 1831 – 18315, 1154-1217 KPC) Komentarz*, CH Beck, Warszawa 2006.
- MUSTILL M.J., BOYD S.C. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, 2 éd., Lexis, London 1989.
- MOTULSKY H. *Écrits II, Études et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, Paris 1974.
- PAZDAN M. *Prawo prywatne międzynarodowe*, PWN, Warszawa 1996.
- PAZDAN M. *Prawo prywatne międzynarodowe*, LexisNexis, Warszawa 2010.
- PILLET A. *Traité pratique de droit international privé*, vol. 2, Allier, Grenoble 1924.
- PILLET A., NIBOYET J.P. *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, Paris 1924.
- POUDRET J.F., BESSON S. *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Zürich 2002.

- POUDRET J.F., BESSON S. *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet and Maxwell, London 2007.
- RADWAŃSKI Z. *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- REDFERN A., HUNTER M., SMITH M. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2 ed., Sweet and Maxwell, London 1991.
- REDFERN A. HUNTER M. BLACKABY N. et al. *Law and practice of International Commercial arbitration*, 4 ed., Sweet and Maxwell, London 2004.
- REIMANN M., ZEKOLL J. *Introduction to German law*, CH Beck, München 2005.
- RICHARD J.-B. de RADONVILLIERS. *Enrichissement de la langue française: Dictionnaire de mots nouveaux*, 2ème éd., Leautéy, Paris 1845.
- ROBERT J. *L'arbitrage. Droit interne, droit international privé*, 6ème éd., Dalloz, Paris 1993.
- ROSSEL V. *Manuel du droit fédéral des obligations : Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, Payot, Lausanne 1892.
- SCHWAB K.H. *Schiedsgerichtsbarkeit. Kommentar*, C.H. Beck, München 2005.
- SAINT DAHL H. *Dictionnaire Juridique*, 2ème éd., Dalloz, Paris 2001.
- SERAGLINI Ch., ORTSCHIEDT J. *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, Paris 2013.
- STELMACHOWSKI A. *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, PWN, Warszawa 1984.
- SZUMAŃSKI A (éd.) *Arbitraż handlowy System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa/ IPSiIZ Kraków 2015.
- SZUMAŃSKI A (éd.) *Arbitraż handlowy System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2010.
- SURVILLE F., ARTHUYS F. *Cours élémentaire de droit international privé*, Rousseau, Paris 1915.
- TERRE V. F., FENOUILLET D. *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Dalloz, Paris 2005.
- WITOSZ A. (éd.), *Prawo upadłościowe i naprawcze, Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2007.

ZIELIŃSKI A. *Kodeks postępowania cywilnego, t. II, Komentarz do art.506–1217*, C. H. Beck, Warszawa 2006.

ZWEIGERT K., KÖTZ H. *An introduction to comparative law*, 3<sup>e</sup> éd, trad. par T. Weir, Oxford University Press, New York 1998.

### Monographies et thèses

ABDELGAWAD W. *Arbitrage et droit de la concurrence. Contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé*, LGDJ, Paris 2001.

AMBAUEN I. *3. Teil ZPO versus 12. Kapitel. IPRG*, Schulthess, Zürich 2016.

ARCANGELI V. *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial au Canada*, thèse de doctorat non publiée, Université de Montréal, Montréal 1999.

ARFAZADEH H. *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de la mondialisation, Une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruylant, Bruxelles 2005.

ARRUE MONTENEGRO C. A. *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, Paris 2011.

BAŁOS I. *Zdatność arbitrażowa sporów dotyczących patentów*, CH. Beck, Warszawa 2017.

BERNHEIM VAN DE CASTEELE L. *Les principes fondamentaux de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles 2012.

BILLEMONT J. *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ, Paris 2013.

BLANCHIN C. *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?* LGDJ, E.J.A., Paris 1995.

BŁASZCZAK Ł, *Wyrok sądu polubownego w postępowaniu cywilnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.

BRUNEAU P. *De l'arbitrage en matière de différents relatifs à la propriété intellectuelle : le cas spécifique du brevet d'invention*, thèse de LL. M., Université McGill, Montréal 1998.

CAPRASSE O. *Les sociétés et l'arbitrage*, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris 2002.

- CELIŃSKA - GRZEGORCZYK K. *Postępowanie patentowe jako szczególne postępowanie administracyjne*, LexisNexis, Warszawa 2009.
- CHIARINY-DAUDET A. *Le règlement judiciaire et arbitral des contentieux internationaux sur brevets d'invention*, Litec, Paris 2006.
- COHEN D. *Arbitrage et société*, LGDJ Paris 1993.
- COIPEL-CORDONNIER. N. *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ, Paris 1999.
- DAVID R. *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé : Étude de droit comparé*, L'Universale, Rome 1932.
- DE FONTMICHEL M. *Le faible et l'arbitrage*, Economica, Paris 2013.
- DE GAVRE J. *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*. vol. I, Bruylant, Bruxelles 1967.
- DERMINE L. *L'arbitrage commercial en Belgique, Commentaire de la loi du 4 juillet 1972*, Larcier, Bruxelles 1975.
- DUCLOS J. *L'opposabilité : essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris 1984.
- DU VALL M. *Analiza aspektów gospodarczych i warunków, prawno-organizacyjnych oraz społecznych w zakresie rozwiązań dotyczących utworzenia sadu własności przemysłowej*, Le Rapport effectué à l'initiative du Ministère de l'Économie, Kraków 2007.
- ERECIŃSKI, T. *Prawo obce w sądowym postępowaniu cywilnym*, PWN, Warszawa 1981.
- ERECIŃSKI T., WEITZ K. *Sąd arbitrażowy*, LexisNexis, Warszawa 2008.
- FABRE-MAGNAN M. *Droit des obligations. I. Contrat et engagement unilatéral à jour de la réforme 2016*, PUF, Paris 2016.
- FAUVARQUE-COSSON B. *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, Paris 1996.
- FERRARI F., KRÖLL S. F. *Conflict of Laws in International Arbitration*, Sellier, München 2011.
- FERRI G.B. *Ordine pubblico, buon consume e la teoria del contratto*, Giuffrè, Milan 1970.
- FLEJSZAR R. *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*, C. H. Beck, Warszawa 2016.

FOLLONIER-AYALA A. *Droit de l'arbitrage international en Amérique latine et en Suisse: sources, nature juridique et convention d'arbitrage*, Helbing Lichtenhahn, Collection neuchâteloise, Bâle 2015.

FOUCHARD P. *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Paris 1965.

FRANCO O. *L'ordre public, obstacle à l'harmonisation ou trait d'union entre les droits ? L'exemple du droit des sociétés et des procédures d'insolvabilité*, LGDJ, Paris 2016.

GAILLARD E. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-Poche 2007.

GAILLARD E. *Legal Theory of International Arbitration*, Nijhoff, Leiden 2010.

GOŁĄB S., WUSATOWSKI Z. *Kodeks sądów polubownych : przepisy księgi trzeciej kodeksu postępowania cywilnego poprzedzone wstępem, zawierającym rzut oka na sadownictwo polubowne i objaśnione na podstawie materiałów komisji kodyfikacyjnej, literatury oraz orzecznictwa sądów polskich : z przepisami o stałych sadach i komisjach polubownych i o klauzulach arbitrażowych*, Księg. Powszechna, Kraków 1933.

GRISEL F. *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique*, Fondation Varenne, Collection de thèses, Clermont-Ferrand 2011.

HANOTIAU B. *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Kluwer Law International, The Hague 2005.

HARTENSTEIN O. *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des Europäischen Entscheidungseinklangs. Neuste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien*, Paul Siebeck, Max Planck Institut fuer ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 2000.

HENRY M. *Le devoir de l'indépendance de l'arbitre*, LGDJ, Paris 2001.

HESS B., PFEIFFER T., SCHLOSSER P. *The Brussels I Regulation – Application and Enforcement in the EU, Heidelberg Report on the Regulation Brussels I*, C. H. Beck, München 2008.

IGNACZEWSKI J. *Rozwód po nowelizacji. Art. 56–61 KRO. Komentarz*, CH. Beck, Warszawa 2009.

JACQUET J.-M. *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Paris 1983.

- JURCEWICZ W., PÖRNBACHER K. WISŃIEWSKI C. (éd.). *Spory korporacyjne w praktyce arbitrażowej - perspektywa polska i niemiecka*, CH. Beck, Warszawa 2017.
- KASSIS A. *L'autonomie de l'arbitrage commercial international. Le droit français en question*, Harmattan, Paris 2005.
- KASSIS A. *Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, t. I, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel*, LGDJ, Paris 1987.
- KLEIN F.E. *Considérations sur l'arbitrage en droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle 1955.
- KOHLER CH. *L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatsisme*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-Poche 2013.
- KURATOWSKI R. *Sądownictwo polubowne*, Warszawa 1932.
- LAZIĆ V. *Insolvency proceedings and commercial arbitration*, Kluwer Law International, The Hague 1988.
- LEHMANN M. *Die Schiedsfähigkeit wirtschaftsrechtlicher Streitigkeiten als transnationale Rechtsprinzip*, Nomos, Baden-Baden 2003.
- LITAUER J.J. *Komentarz do procedury cywilnej: suplement*, Drukarnia „Antiqua”, St. Szulc i S-ka, Warszawa 1935.
- LLOYD D. *Public policy: a comparative study in English and French law*, Athlone Press, London 1953.
- LORCA NAVARRETE A. M. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastian 2010.
- MALAUERIE Ph. *Les contrats contraires à l'ordre public, Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Matot-Braine, Reims 1953.
- MARX L. *Der verfahrensrechtliche ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Deutschland*, Peter Lang/Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main 1994.
- MEGERLIN F. *Ordre public transnational et arbitrage international de droit privé – essai critique sur la méthode*, Thèse de doctorat, Université Paris II Panthéon-Assas, Paris 1999.

- MISTELIS L.A., BREKOULAKIS S.L. (éd.) *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- MORVAN P. *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris 1999.
- MOURA VICENTE D. *La propriété intellectuelle en droit international privé*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-Poche 2009.
- NUBER J. *Die objektive Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht) und mit der Vollstreckung (Ordre public)*, Thèse de doctorat non publiée, Université de Zürich, 1986.
- NUYTS A. *La concession de vente exclusive, l'agence commerciale et l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles 1996.
- OPPETIT B. *Théorie de l'arbitrage*, PUF, Paris 1998.
- PAULSSON J. *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford 2013.
- PANFIL B. *Zdatność arbitrażowa sporu w prawie polskim*, Mémoire de master non-publié, WPiA, Uniwersytet Śląski w Katowicach, Katowice 2011.
- PANOU Ch. *Le Consentement à l'arbitrage. Étude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, IRJS éd., Paris 2011.
- POSOTTO L., *La clause compromissoire: contribution à l'étude sur l'arbitrabilité des litiges*, Thèse de doctorat non publiée, Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse 2011.
- POULET L. *Transaction et protection des parties*, LGDJ, Paris 2004.
- RACINE J.-B. *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, Paris 1999.
- RAMBAUD T. *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF, Paris 2014.
- RENET T. (éd.). *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Ouvrage collectif, Dalloz, Paris 1996.
- ROGUZIŃSKA U. *Klauzula porządku publicznego w kontroli a posteriori orzeczeń międzynarodowego arbitrażu handlowego*, manuscrit non publié, Université de Wrocław 2005.
- ROTH G. H. *Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen*, Giesecking, Bielefeld 1967.

RUBELLIN-DEVICHI J. *Arbitrage. Nature juridique, Droit interne et droit international privé*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1965.

SAMUEL A. *Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration : a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. And West German Law*, Schulthess, Zürich 1989.

SANDONATO DE LEON P. *Les présomptions judiciaires en droit international public*, Pedone, Paris 2015.

SANTULLI C. *Le statut international de l'ordre juridique étatique : traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, Paris 2001.

SUSFAŁ A. *Zdatność arbitrażowa w prawie polskim na tle prawnoporównawczym*, Thèse de doctorat non publiée, WPiA, Faculté de droit et d'administration, Université Jagellonne, Kraków 2015.

SULIŃSKI G. *Rozstrzyganie sporów ze stosunku spółki kapitałowej przez sąd polubowny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.

STUYCK J., TERRY E., VEERLE COLAERT C. e.a. *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report*, A study for the European Commission, Health, and Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium 2007.

STOFFEL-MUNK P. *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, Paris 2000.

SOŚNIAK M. *Klauzula porządku publicznego w prawie międzynarodowym prywatnym*, PWN, Warszawa 1961.

STACHER M. *Die Rechtsnatur der Schiedsvereinbarung*, Dike, Zürich/St. Gallen 2007.

TWEEDDALE A., TWEEDDALE K. *Arbitration of commercial disputes, International and English law and practice*, Oxford University Press, Oxford 2005.

VIVANT M. *Juge et loi du brevet*, Litec, Paris 1977.

VOIT U. *Die objective Schiedsfaehigkeit nach Osterreichischem Recht*, Thèse de doctorat non publiée, Universität Wien, 2009.

VORBURGER S. *International arbitration and cross-border insolvency. Comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2014.



WIŚNIEWSKI A. W. *Międzynarodowy arbitraż handlowy w Polsce. Status prawny arbitraż i arbitrów*, C.H. Beck, Warszawa 2011.

ZRAŁEK J. *Znaczenie miejsca arbitrażu w erze globalizacji postępowania arbitrażowego*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

### Articles/ Communications/ Chroniques

ANCEL P. « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987.

ANCEL P. « Arbitrage-Conventions d'arbitrage - Conditions de fond - Litiges arbitrables », *J.-Cl. Procédure civile*, fasc. 1024.

ARFAZADEH H. « In the Shadow of the Unruly Horse: International Arbitration and the Public Policy Exception », *American Review of International Arbitration*, 13 (1-4), 2002.

ASŁANOWICZ M. « Zapis na sąd polubowny w testamencie », In B. Jelonek-Jarco, R. Kos, J. Zawadzka (éd.) *Usos magister optimus. Rozprawy prawnicze ofiarowane Profesorowi Andrzejowi Kubasowi*, C. H. Beck, Warszawa 2016.

BAKIĆ N. « Substantive Arbitrability under Serbian and Croatian Law – a Comparative Analysis », In Maidana-Eletti M., Toepke C. (éd.). *Rechts und Gesellschaft, Luzerner Beiträe zur Rechtswissenschaft*, vol. 86, Schulthess, Luzern 2014.

BALLADORE-PALLIERI G. « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *Recueil des Cours*, vol. 51 (1), 1935.

BALICKI R. « Sądownictwo polubowne w Polsce », *Przegląd Prawa i Administracji*, vol. LIV, 2003.

BARCELO III J. J. « Arbitrability decisions before, during, and after arbitration », In J. C. Betancourt (éd.), *Defining Issues in International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2016.

BASSIRI N., PIERS M. « Art. 1676 », In N. Bassiri et M. Draye (éd.), *Arbitration in Belgium, A practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2016.

BEGUIN J. WANG H. « Conditions de la contrariété à l'ordre public international des stipulations mettant hors arbitrage les demandes reconventionnelles d'un défendeur

impécunieux », Note sous l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 mar 2013, *La Semaine juridique Edition Générale* n°21, 20 mars 2013.

BELOHLAVEK A. J., PROFELDOVA T. « Czech Republic », In *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, vol. I; *The Relationship between Constitutional Values, Human Rights and Arbitration*, JurisNet, New York 2011.

BENABOU V.-L. « Une entaille dans le principe d'inarbitrabilité de la validité des brevets », *Petites Affiches*, n° 199, 2008.

BENEDETTELLI M.V. « Communitarization' of International Arbitration: A new Spectre Haunting Europe? », *Arbitration International*, 27 (4), 2012.

BENNETT S.C. « The Developing American Approach to Arbitrability », *Dispute Resolution Journal* 2003, 58 (1), 2003.

BESSON S. « L'arbitrage interne et international en Suisse : le nouveau CPC à l'aune du concordat et du chapitre 12 de la LDIP », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.

BIELARCZYK P. « Nowelizacja Kodeksu postępowania cywilnego w zakresie sądownictwa polubownego », *Monitor Prawniczy*, 2005.

BŁASZCZAK Ł. « Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego », *ADR* (3), 2008.

BÖCKSTIEGEL K.H. « Public policy and Arbitrability », In P. Sanders, (éd.) *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*. ICCA Congress Series (3), 1987.

BÖCKSTIEGEL K.H. « Public Policy as a limit to arbitration and its enforcement », *IBA Journal of Dispute resolution, Special Issue 2008, The New York Convention – 50 Years*, 2008.

BOLLÉE S. « Clauses abusives et modes alternatifs de règlement des litiges (l'art. 6 de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005) », *Rev. arb.*, 2005.

BONET G, JARROSSON Ch. « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit français », In *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Litec, IRPI, Paris 1994.

BONOMI A. « Monisme et dualisme », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.

BORK R. « Der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO) », *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1987.

BREKOULAKIS S. « On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern», In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

BREKOULAKIS S. « Public Policy Rules in English Arbitration Law», In J. C. Betancourt (éd.), *Defining issues in international arbitration*, Oxford University Press, New York 2016.

BRENNER C. « Le nouveau divorce par consentement mutuel : retour à l'an II ? », *La Semaine Juridique édition Générale*, n° 9, 27 février 2017.

CADIET L. « Le spectre de la société contentieuse », In *Écrits en l'honneur de G. Cornu*, PUF, Paris 1994.

CALUS A. « Sprawa zdolności arbitrażowej w prawie angielskim i w prawie amerykańskim (federalnym i stanowym) », In SA KIG (éd.), *Księga pamiątkowa 60-lecia Sądu Arbitrażowego przy KIG w Warszawie*, Warszawa 2010.

CAPRASSE O. « Les grands arrêts de la Cour de cassation belge en droit de l'arbitrage », *b-arbitra* (1), 2013.

CAPRASSE O. « Les décisions sociales », *Rev. arb.* (3), 2013.

CAPRASSE O., PRICE C. « The CEPANI 2013 Arbitration Rules», *AssA bulletin*, 31 (4), 2013.

CARBONNEAU T.E. F. « Étude historique et comparé de l'arbitrage. Vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences », *RIDC* 36 (4), 1984.

CARBONNEAU T.E. F. « Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concept of Arbitrability», *Tulane J. of Int'l & Comp. Law* (2), 1993/1994.

CATALA P. « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994.

CHABOT G. « Successions contentieuses et " justice alternative" », *Revue Lamy Droit civil*, n° 17, 1<sup>er</sup> juin 2005.

CLAY Th. « Nouvelles perspectives en matière d'arbitrage. Ouverture », *Droit et patrimoine*, mai 2002.

CLAY Th. « L'arbitrage, les modes alternatifs de règlement des différends et la transaction dans la loi „Justice du XXI siècle”. -Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », *La Semaine Juridique Eition Générale* (48), 2016.

COMBACAU J. « Mettre de l'ordre dans les relations des ordres », Préface à C. Santulli, *Le statut international de l'ordre juridique étatique: traitement du droit interne par le droit international*, Pedone, Paris 2001.

CORNU G. « Le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme », *Rev. arb.*, 1980.

COUTURIER G. « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », In *Mélanges J. Flour*, Rép. Defrénois, Paris 1979.

DADOUN A. « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif dans les relations commerciales ? », *Les Petits Affiches*, n° 73, 13 avril 2011.

DASSESE J. « Examen de jurisprudence (1972 à 1977), Brevets d'invention », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1978.

DAVID R. « Traité élémentaire de droit civil comparé : Introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative », *Revue internationale de droit comparé*, 2 (2), Avril-juin 1950.

DAVID R. « Arbitrage et droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 11 (1), janvier-mars 1959.

DAVID R. « L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats », In *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse 1978.

DE MELLO X. « L'expérience des arbitres (ou « l'espérance » des arbitres) », In *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 janvier 1994, Librairies Techniques, Paris 1994.

DELPECH X. « Les modes alternatifs de règlement des litiges dans le projet de loi pour la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *AJ Contrats* (10), 2016.

DEPONDT A. « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n°15, 13 avril 2015.

DEPONDT A. « De l'intérêt de recourir à l'arbitrage et à la conciliation », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 17, 24 avril 2015.

DURVIAUX A. L., FISSE D., MARECHAL B., SIMAR R. « L'expérience belge », In D. Renders, P. Delvolvé, Th. Tanquerel (dir.), *L'arbitrage en droit public*, Bruylant, Bruxelles 2010.

- ERECIŃSKI T. « Zdatność arbitrażowa », In P. Nowaczyk, S. Pieckowski, J. Poczobut, A. Szumański, A. Tynel (éd.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi habilitowanemu Tadeuszowi Szurskiemu*, C. H. Beck, Warszawa 2008.
- FARGE C. « Actif successoral », In M. Grimaldi (éd.) *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz, 2011.
- FAUVARQUE-COSSON B. « L'ordre public », In *1804-2004. Le Code civil : un passé, un présent, un avenir, contributions réunies par Y. Lequette et L. Leveneur*, Dalloz, Paris 2004.
- FENOUILLET D. « La contractualisation de la famille », In B. Basdevant-Gaudemet (dir.), *Contrat ou institution, un enjeu de société*, LGDJ, Paris, 2004.
- FENOUILLET D. « *Le divorce sans juge* », Recueil Dalloz, 2016.
- FERNANDEZ ROZAS J. C. « Arbitrage interne et international : la réglementation soi-disant unitaire en Espagne », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.
- FLEJSZAR R., OKLEJAK A. « Zasada dyspozycyjności w postępowaniu przed sadem polubownym », *ADR* 4 (16), 2011.
- FOUCHARD P. « Arbitrage et faillite », *Rev. arb.* 1998.
- FRICERO N. « Tierce opposition », *Répertoire Dalloz Procédure civile*, juin 2012.
- FULCHIRON H. « Divorcer sans juge. – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 48, 28 Novembre 2016.
- GAGNON J.D. « La convention d'arbitrage : les arbitres ou la Cour ? », *Revue du barreau* (1), 2010.
- GAILLARD E., DE LAPASSE P. « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », *Recueil Dalloz*, n° 3, 20 janvier 2011.
- GAJDA-ROSZCZYŃSKA K. « Alternatywne metody rozwiązywania sporów konsumenckich – arbitraż, wybrane zagadnienia (cz. III) », *ADR* 4 (4), 2008.
- GERONIM M., HRYCAJ A. « Wpływ postępowania restrukturyzacyjnego na postępowanie cywilne, administracyjne, przed sadami polubownymi oraz postępowania egzekucyjne (procesowe skutki otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego) », In A. Hrycaj, A.

Jakubecki, A. Witosz (éd.) *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, vol. 6, C. H. Beck, Warszawa 2016.

GOLDMAN B. « Frontières du droit et lex mercatoria », *Archives de philosophie du droit*, vol. 9, 1964.

GUELFUCCI-THIBIERGE C. « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994.

HACKING D. « Where we are now: Trends and Developments since the Arbitration Act (1997) », *Journal of International Arbitration*, 1985.

HANOTIAU B. « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen », *JDI*, 4, 1994.

HANOTIAU B. « What law governs the issue of arbitrability? », *Arbitration international*, 12 (4) 1996.

HANOTIAU B., CAPRASSE O. « L'annulation des sentences arbitrales », *Journal de Tribunaux*, 2004.

HASSLER T. « La crise d'identité des droits de la personnalité », *Petites Affiches*, 7 décembre 2004.

HAUSER-MOREL M. « L'arbitrage en Pologne après la réforme de 2005 », *Rev. arb.* (2), 2011.

HERMANS R., DE BOER M. « Netherlands », In R. Clark (éd.) *The Dispute Resolution Review*, Law Business Research Ltd., London 2013.

HOBER K. « The Russian doll syndrome : Russian Tactics in international arbitration », In Ch. Müller, S. Besson, A. Rigozzi (éd.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2015*, Schulthess, Zürich 2015.

HORSMANS G., DE CORDT Y. « La recherche arbitrale de l'efficacité sociétaire », In *Liber Amicorum P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles 2000.

JACKOWSKI A. « Sprawy o unieważnienie uchwał zgromadzeń w spółkach kapitałowych a sąd polubowny », *Polski Proces cywilny* (11-12), 1937.

JACQUET J.-M. « La distinction entre arbitrage interne et international en droit français », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.

- JAHNEL W., SYKORA D., GLATTARD N. « Arbitration in matters of succession with special consideration of the Regulation (EU) No. 650/2012 », *b-Arbitra* 1 (14), 2015.
- JARROSSON Ch. « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ com.* 1996.
- JARROSSON Ch. « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP G*, 2001.
- JARROSSON Ch., IDOT L. « Arbitrage », *Répertoire Dalloz de droit européen*, 2017.
- JARROSSON Ch., PELLERIN J. « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », *Rev. arb.* (1), 2011.
- JÆRGES Ch. « Sur la légitimité d'européaniser le droit privé. Plaidoyer pour une approche procédurale », *Revue internationale de droit économique* (2), 2004.
- JONGBLOED A.W. « Access to justice, costs and legal aid », In J. H. M. van Erp, L.P. W. van Vliet (éd.), *Netherlands Reports on the Seventeenth International Congress of Comparative Law*, Intersentia, Utrecht 2006.
- JULIENNE F. « Transaction. Art. 2044 à 2052 », *J.-Cl. Répertoire Code civil*, fasc. 20.
- KIRRY A. « Arbitrability: Current Trends in Europe », *Arbitration International*, 1996.
- KORNMEIER U. « Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis — Überlegungen zur Auslegung des Merkmals „Vergleich“ in § 1025 Abs. 1 ZPO », *Zeitschrift für Zivilprozess* (94), 1981.
- KOS R. « Zdatność arbitrażowa sporów a ważność uchwał spółek kapitałowych », *PPH* (3), 2014.
- KURATÓW-KURATOWSKI R. « L'arbitrage dans le nouveau Code de procédure polonais », *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1935.
- LAGA H., NICAISE P. « L'arbitrage dans la vie des sociétés », In *Arbitrage en Vennootschap*, Rapports du Colloque CEPANI, 8 décembre 1999, Bruylant, Bruxelles 1999.
- LALIVE P. « Un faux problème : monisme ou dualisme dans la législation arbitrale? », In E. Philippin et al (éd.), *Mélanges en l'honneur de François Dessemontet*, CEDIDAC, Lausanne 2009.
- LE BARS B. « De l'impossibilité pour les parties d'opter pour le régime interne de l'arbitrage en cas d'arbitrage international », *La Semaine Juridique Ed. Générale* n°3, 20 Janvier 2014.

- LEHMANN M. A « Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice», *Colum. J. Transnat'l L.* (42), 2003-2004.
- LEVEL P. « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* (2), 1994.
- LEVY L. « Arbitrability of disputes in corporate matters (Swiss law) », *International Arbitration Law Review*, 5 (3), 2002.
- LEVY L. « Insolvency in Arbitration (Swiss Law) », *International Arbitration Review*, 8 (4), 2005.
- LEW J. D. M. « Finale Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration», *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 9 (1), 1998.
- LIEBSCHER C. « Insolvency and Arbitrability», In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- LOQUIN E., « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, Clunet, Paris 1983.
- LOQUIN E. « Les illusions perdues du contrôle de l'arbitrabilité en matière internationale », In *Mélanges Jacques Normand*, éd. Juris-Classeur, Paris 2003.
- LOQUIN E. « Arbitrabilité et protection des parties faibles », In *Trav. Com. fr. DIP 2004-2006*, Pedone, Paris 2008.
- MALCZYK M. « Sprawy z zakresu prawa rodzinnego, opiekuńczego i kurateli », In A. Góra-Błaszczkowska (éd.) *Kodeks Postępowania Cywilnego. Tom I. Komentarz.* CH. Beck, Warszawa 2015.
- MALCZYK-HERDZINA M. « Mediacja w sprawach o rozwód i o separację – wybrane zagadnienia», *ADR* (4), 2008.
- MALLET-BRICOUT B. « Arbitrage et droit de la famille », *Droit et Patrimoine*, n° 104, mai 2002.
- MALMSTRÖM Å. « The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in Comparable Law», *Scand. Stud. L.* (13), 1969.
- MANN F. A. « Lex Facit Arbitrum», In P. Sanders (éd.) *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, Nijhoff, La Haye 1967.



- MANTAKOU P. A. « Arbitrability and Intellectual Property Disputes», In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- MANTILLA SERRANO F. « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage, », *Rev. arb.* ( 2), 2004.
- MARSHALL A. « The Arbitration Act 1979 », *Journal of Business Law* (7), 1979.
- MARSZAŁKOWSKA-KRZEŚ E. « Mediacja dotycząca władzy rodzicielskiej. Komentarz, Art. 570<sup>2</sup>», In *Kodeks postępowania cywilnego*, C. H. Beck, Legalis, Warszawa 2017.
- MARTEL D. « Les valeurs du droit français et la proposition de règlement sur les successions », *Revue Le Lamy Droit civil*, n° 77, 1<sup>er</sup> décembre 2010.
- MATRAY L., MARTENS P. « Arbitrage et ordre public interne », *Rev. arb.* 1978.
- MAYER P. « Le contrat illicite », *Rev. arb.* 1984.
- MAYER P. « L'étendue du contrôle, par juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », In *Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris 2008.
- MAĆZYŃSKI A. « Działanie klauzuli porządku publicznego w sprawach dotyczących zawarcia małżeństwa», In *Proces i prawo. Księga Jerzego Jodłowskiego*, Ossolineum, Wrocław, Warszawa 1989.
- MISTELIS L.A. « Is arbitrability a national or international law issue», In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.
- MONTI A. « Arbitration and Corporate Law», In A. Monti, F. Trezzini, F. Wicki (éd.) *Three essays on International commercial arbitration*, Lugano 2003.
- MOREAU B. « Compromis – Clause compromissoire », *Répertoire Dalloz Droit Civil*, V°, 2004.
- MORRIS D. G. « Schiedsgerichtsbarkeit in der USA», *Rechts des Internationalen Wirtschaft* (11), 1989.
- MOURA VICENTE D. « Arbitrability of intellectual property disputes: a comparative survey », *Arbitration International*, 31 (1), 2015.

- MURPHY K. « The traditional view of public policy and ordre public in private international law », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 11 (3), 1981.
- NAGY C. I. « Arbitrability of Company law Disputes: A Comparative Patchworking », In E. Veress (éd.) *Arbitrability of Company Law Disputes in Central and Eastern Europe*, Forum Iuris, Cluj-Napoca 2018.
- NAZARUK P. « Art. 57 », In. J. Ciszewski (éd.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa, 2014.
- NELSON R. « Judge-Made Law and the Presumption of Arbitrability: David L. Threlkeld & Co. v. Metallgesellschaft Ltd. », *Brooklyn L. Rev.* (58), 1992.
- OPPETIT B. « Arbitrage Juridictionnel, arbitrage contractuel : à propos d'une jurisprudence récente », *Rev. arb.* 1977.
- OVINGTON J.P. « Arbitration and U.S. Antitrust Law: Conflict of Policies », *Journal of International arbitration* (2), 1985.
- PACZOSKA D. « Zdarność arbitrażowa w prawie niemieckim i szwajcarskim. Analiza prawnoporównawcza », *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* (7), 2010.
- PARTIDA S. « L'ordre public et l'arbitrage », Colloque organisé par le CREDIMI, Dijon, 15 et 16 mars 2013, *Cah. arb.*, 2013.
- PATOCCHI P. M. « L'administration de la preuve dans l'arbitrage international, à la lumière du débat sur le monisme et le dualisme de la législation en matière d'arbitrage », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.
- PELLERIN J. « Monisme ou dualisme de l'arbitrage. Le point de vue français », *Gazette du Palais*, 17 octobre 2006, n° 290.
- PELLET A. « Vous avez dit 'monisme'? – Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », In *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris 2006.
- PERRET F. « L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle, en droit comparé : Suisse/Allemagne/Italie », In *Arbitrage et Propriété Intellectuelle*, Colloque organisé par l'Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, Paris 26 janvier 1994, Librairies Techniques, Paris 1994.

- PERRET F. « Arbitration and Licensing Agreements: The Swiss Experience. *In Creatives ideas for intellectual property*», The ATRIP Papers 2000-2001, Lausanne 2002.
- PERRET F. « Arbitrage interne : arbitrage international ou arbitrage tout court : dualisme ou monisme ? », *Gazette du Palais*, 17 octobre 2006, n° 290.
- PERRIN J. « De l'arbitrabilité des litiges successoraux », *Bulletin ASSA* (3), 2006.
- PIETRASZEWSKI M. « Zapis na sąd, jako klauzula abuzywna », *ADR*, 2 (10), 2010.
- PINSOLLE P. « Les problèmes cachés de la proposition de suppression de l'exception d'arbitrage du Règlement 44/2001, *Cah. arb.* (1), 2010.
- PORZYCKI M. « Upadłość strony postępowania arbitrażowego », In *System prawa handlowego*, vol. 8, Warszawa 2015.
- POSOTTO L. « L'inarbitrabilité des litiges », *Gazette du Palais*, 28 décembre 2013, n° 362.
- RACINE J.-B. « Les normes porteuses d'ordre public dans l'arbitrage commercial international », In E. Loquin et S. Manciaux (éd.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne, LexisNexis, Dijon 2014.
- RADICATI DI BROZOLO, L. G. « L'illicéité qui crève les yeux : le critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005.
- RADICATI DI BROZOLO, L. G. « Requiem pour le régime dualiste de l'arbitrage ? Réflexions après la réforme de 2006 en Italie », In A. Bonomi, D. Bochatay (éd.) *Arbitrage interne et international : actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009*, Droz, Genève 2010.
- RAJSKI J. « Rozwój tendencji do europeizacji prawa prywatnego », In M. Pazdan (éd.), *Europeizacja prawa prywatnego*, vol. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- RAVILLON L. « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité », In E. Loquin., S. Manciaux (éd.) *L'ordre public et l'arbitrage*, Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne, LexisNexis, Dijon 2014.
- REGIEC A. P. « Zdatność arbitrażowa sporów w Stanach Zjednoczonych Ameryki », *ADR* (2), 2016.
- RICCI E. F. « La longue marche vers l'internationalisation du droit italien de l'arbitrage », *Gazette du Palais*, 17 octobre 2006, n° 290.

ROMANO G. P. « Conflits entre parents et conflits d'ordres juridiques en matière de responsabilité parentale », In *Enlèvement parental international d'enfants*, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel/ Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel/ Bâle 2015.

ROMANOWSKI M. «Prawo przedsiębiorcy do wysłuchania a uprawnienie Prezesa UOKiK do nakładania kar pieniężnych za stosowanie nieuczciwych postanowień wzorca umowy w świetle wyroku TSUE z 21.12.2016 r. », In M. Romanowski (éd.) *Życie umowy konsumenckiej po uznaniu jej postanowienia za nieuczciwie na tle orzecznictwa TSUE*, C. H. Beck, Warszawa 2017.

ROMANO G. P. « Arbitrabilité des litiges en matière de responsabilité parentale: état des lieux et perspectives », Conférence organisée par la Société genevoise de droit et de législation, Genève, 6 mars 2017.

ROTONDI M. « Technique du droit, dogmatique et droit comparé », *RIDC*, 20 (1), 1968.

RUBELLIN J. « De l'effectivité de la clause compromissoire en cas de pluralité de défendeurs ou d'appel en garantie », *Rev. arb.* 1981.

RYLSKI P. «Opozycja osoby trzeciej, – nadzwyczajny środek zaskarżania francuskiej procedury cywilnej», *Przegląd Sądowy* (5), 2006.

RYSZKOWSKI K. «Klauzula porządku publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym a zatność arbitrażowa », *ADR*, 1 (21), 2013.

SADOWSKI, W. «Upadłość w międzynarodowym arbitrażu handlowym – aspekty praktyczne», *Biuletyn Arbitrażowy*, 10(4), 2009.

SADOWSKI W. «Ogłoszenie upadłości a zapis na sąd polubowny – uwagi krytyczne na tle ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze», *ADR* (2), 2008.

SAJKO K. «On arbitrability in comparative arbitration – an outline», *Zbornik PFZ*, 60 (5), 2010.

SAMUEL A. «The 1979 Arbitration Act, Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England. », *Journal of International Arbitration* (4), 1985.

SANDERS P. «Arbitration» In M. Cappelletti (éd), *International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVI Civil Procedure*», Mohr Siebeck, Tübingen 2014.

SANDROCK O. «The Extension of Arbitration Agreements to Non-Signatories: An Enigma still Unresolved», In Th. Baums, K. J. Hopt, N. Horn. (éd.), *Corporations, Capital Markets*

*and Business in the Law, Liber amicorum Richard M. Buxbaum*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2000.

SEELIG-LOUISE M. «The Notion of Transnational Public Policy and its Impact on Jurisdiction, Arbitrability and Admissibility», *Belgrade Law Review*, 57 (3), 2009.

SERAGLINI C. « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cah. arb.* (4), 2008.

SERAGLINI C. « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Cah. arb.* (5), 2011.

SERAGLINI C. « Les effets de la sentence », *Rev. arb.* (3), 2013.

SIMMS D. P. « Arbitrability of Intellectual Property Disputes in Germany», *Arbitration International*, 15 (2) 1999.

SIKORSKI R. «Zdatność arbitrażowa spraw z zakresu własności intelektualnej», *ADR*, 2 (6), 2009.

SKOWROŃSKA-BOCIAN E. «Księga IV. Spadki», In J. Gudowski, (éd.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

SKVORTSOV O, KROPOTOV L. «Arbitration changes in Russia: Revolution or Evolution? », *Journal of International Arbitration*, 35 (2), 2018.

SOKOŁOWSKA L. «Significance of arbitrability as the ground for annulment of arbitral awards – some comparative observations in light of recent amendments to Belgian arbitration law», *Arbitration e-review* 1-2 (16-17), 2014.

SOKOŁOWSKA L. « La réforme du droit belge de l'arbitrage en 2013 – l'exemple de l'harmonisation du droit et l'inspiration pour le législateur polonais en matière d'arbitrabilité », In J. Leroy (éd.) *Les sources du droit dans les pays européens et francophones*, Mare et Martin, Paris 2016.

SOKOŁOWSKA L. « La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé », *IPP TBSP UJ* (1), 2018.

STEFANICKI R. «Arbitraż w sprawach konsumenckich – zagadnienia wybrane (głos w dyskusji) », *ADR* 2 (6), 2009.

STEMPEL J.W. A «Better Approach to Arbitrability», *Tulane Law Review* (65), 1991.

- SULIŃSKI G. «Dopuszczalność poddania sporu ze stosunku spółki pod rozstrzygnięcie sądu polubownego», *PPH* (12), 2005.
- SULIŃSKI G. «Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sporze o rozwiązanie spółki z o.o. », *ADR* (3), 2008,.
- SZAJKOWSKI A., ŻAKOWSKA-HENZLER H. «Patent», In R. Skubisz (éd.), *System Prawa Prywatnego*, vol. 13 A, *Prawo Własności przemysłowej*, C.H. Beck, Warszawa 2012.
- SZPUNAR M. «Prawo wspólnotowe przed organami krajowymi», *Rejent* 3-4 (155-156), 2004.
- SZUMAŃSKI A. «Dopuszczalność kognicji sądu polubownego w sporach o zaskarżanie uchwał zgromadzeń spółek kapitałowych», In Ł. Ogiełło, W. Popiołek, M. Szpunar M. (éd.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa profesora Maksymilian Pazdana*, Zakamycze, Kraków 2005.
- SZUMAŃSKI A. «Charakter prawny arbitrażu handlowego», In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2010.
- TOMASZEWSKI M. «Umowa o arbitraż. », Podstawowe problemy prawne, *PUG* (1), 1994.
- TOMASZEWSKI M. «Umowa o arbitraż», In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2015.
- TOMASZWSKI M. «O zaskarżaniu uchwał korporacyjnych do sądu polubownego – de lege ferenda», *Prawo Spółek* (4), 2012.
- TRIEBEL V., LANGE D. G. F. «Reform des englischen Schiedsgerichtsrecht», *Recht der Internationalen Wirtschaft* (8), 1980.
- TRISTANT J-C., DE RAIGNAC C. « Brevet et arbitrage. Fin d’une controverse ? L’arbitrabilité des brevets : une évolution inachevée », In A. Pezard (éd), *Arbitrage et propriété intellectuelle, La lettre de l’AFA*, n° 17, septembre 2015.
- TRITTMANN R., HANEFELD F.K. «§1030 Arbitrability», In K-H. Böckstiegel, S. M. Kröll, P. Nacimiento (éd.) *Arbitration in Germany. The Model Law in practice*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- TROCHA B. « Kwestia obecności arbitrażu w europejskim prawie postępowania cywilnego w świetle projektów rewizji rozporządzenia Bruksela I», *ADR*, 1 (13), 2011.
- VALENCIA F. « Parties faibles et accès à la justice en matière d’arbitrage », *Rev. arb.* 2007.

VAN HOUTTE H. « L'arbitrage : son territoire et ses frontières », *Rev. de droit international et comparé*, LIII, (2), 1976.

VAN HOUTTE H. «Belgium», In F. B. Weigand (éd.), *Practitioner's handbook on international commercial arbitration*, Oxford University Press, New York 2002.

VAN HOUTTE H. «Vers un régime d'arbitrage européen? », In A. Brozowski, W. Kocot, K. Michalowska (éd.), *W kierunku europeizacji prawa prywatnego, Księga pamiątkowa dedykowana prof. J. Rajskiemu*, C.H. Beck, Warszawa 2007.

VASSOGNE J. « L'arbitre, le juge et l'ordre public économique (Remarques adventices) », *Rev. arb.* 1987.

VATTÉ N. « Le sort des sentences arbitrales en droit belge depuis la loi du 27 mars 1985 », *Revue Belge de droit international* (2), 1988.

VIDAL D. « Procédure collective et procédure d'arbitrage : quelle rencontre ? », *Gazette du Palais*, 31 octobre 2009, n° 304.

VIVANT M. « Cherche litige non arbitrable laborieusement », *RIDA* (72), 2004.

WALD A. « Arbitrage et insolvabilité : les questions controversées au Brésil et en Amérique latine », *Cah. arb.* (2), 2010.

WAUTELET P. « Le recours à l'arbitrage en matière de succession internationale. Réflexions à partir du règlement 650/2012 », *La semaine juridique notariale et immobilière*, n° 51-52, 23 décembre 2016.

WILDERSPIN M. « La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle », *Rev. critique du droit international privé*, 2006.

WIŚNIEWSKI A. W. «Rozstrzygnięcie sporów korporacyjnych spółek kapitałowych przez sady polubowne – struktura problemu (Cześć I i II) », *Prawo Spółek* (4), 2005.

WIŚNIEWSKI A. W. «Charakter prawny instytucji arbitrażu w świetle nowelizacji polskiego prawa arbitrażowego», *ADR* (2), 2008.

WIŚNIEWSKI A. W. «Klauzula porządku publicznego jako podstawa uchylecia wyroku sądu arbitrażowego (ze szczególnym uwzględnieniem stosunków krajowego obrotu gospodarczego) », *ADR*, 2(6), 2009.

WISŃIEWSKI A.W. «Zdolność i zdatność arbitrażowa», In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2010.

WISŃIEWSKI A.W. «Arbitraż korporacyjny», In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2010.

WISŃIEWSKI A.W. «Modele krajowej regulacji prawa o arbitrażu krajowym», In A. Szumański (éd.) *Arbitraż handlowy. System prawa handlowego*, vol. 8., C.H. Beck, Warszawa 2010.

YADYKIN A., MEKAT M.C., RUBINS N. «The Russian arbitration reform», *Arbitration International*, 32 (4), 2016.

YOUSSEF K. «The Death of Inarbitrability», In L. A. Mistelis, S. L. Brekoulakis (éd.), *Arbitrability: international and comparative perspectives*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2009.

ZACHARIASIEWICZ M. «Klauzula porządku publicznego, jako podstawa odmowy uznania lub wykonania orzeczenia sadu polubownego w polskim prawie arbitrażowym na tle prawnoporównawczym», *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* (6), 2010.

ZAWADA K. «Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym postępowaniu cywilnym (na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu prawa rodzinnego i spadkowego) », *Nowe prawo* (5), 1979.

ŻAKOWSKA-HENZLER H. «Patent», In R. Skubisz (éd.), *System Prawa Prywatnego*, vol. 13 A, *Prawo Własności przemysłowej*, C. H. Beck, Warszawa 2012.

### **Ouvrages collectifs**

CNUDCI. *Settlement of commercial disputes. Possible future work in the field of settlement of commercial disputes*, Vienne: NU, n° 8, le 5 avril 2006, A/CN.9/610, 5 April 2006, p. 3.

LOQUIN E, MANCIAUX S. (éd.) *L'ordre public et l'arbitrage*. Actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, Université de Bourgogne, LexisNexis, Dijon 2014.

KOSTAŃSKI P., PODRECKI P., TARGOSZ T. (éd.). *Experientia docet. Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Elżbiecie Traple*. Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

REVET T. (éd.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*. Ouvrage collectif, Dalloz, Paris 1996.



TANENBAUM A. (dir). *Projet de Cadre commun de référence: Terminologie contractuelle commune et Principes contractuels communs*. Volumes 6 et 7, codirigés avec D. Mazeaud, SLC, Paris 2008.

### Sources électroniques

(tous les liens consultés le 1<sup>er</sup> octobre 2019)

ANDREEV D. « Russian laws on the offensive: Cross-Border effect of the new arbitration regime for corporate disputes », *Kluwer Arbitration Blog*, 12 décembre 2016, disponible sur: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/12/12/russian-laws-on-the-offensive-cross-border-effect-of-the-new-arbitration-regime-for-corporate-disputes/>.

GHIBRADZE N., DOLGORUKOW A. « The Russian Arbitration Reform – a Road to More Certainty? » *Kluwer Arbitration Blog*, 25 octobre 2016, disponible sur: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/25/the-russian-arbitration-reform-a-road-to-more-certainty/>.

GORCZYNSKI G. «Istota polecenia testamentowego i jego zaskarżalność, Non omnis moriar. Prawne zagadnienia pochówku, dóbr osobistych zmarłego, wybrane zagadnienia dziedziczenia oraz swoboda działalności funeralnej», *Actes du colloque du 21 novembre 2014, UW.*, disponible sur:

[http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77856/18\\_G\\_Gorczyński\\_Istota\\_polecenia\\_testamentowego\\_i\\_jego\\_zaskarzalnosc.pdf](http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/77856/18_G_Gorczyński_Istota_polecenia_testamentowego_i_jego_zaskarzalnosc.pdf).

HERTEL T., COVI A. «Arbitrability of Shareholder Disputes in Germany. *Kluwer Arbitration Blog* » 7 février 2018, disponible sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/07/arbitrability-shareholder-disputes-germany/>.

HOLLANDER P. *Arbitrability under the New York Convention – General Report*. IBA Subcommittee on recognition and enforcement of arbitral awards, 2016, disponible sur: [https://www.ibanet.org/LPD/Dispute\\_Resolution\\_Section/Arbitration/Recognntn\\_Enfrcemnt\\_Arbitl\\_Awrd/arbitrability16.aspx](https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Recognntn_Enfrcemnt_Arbitl_Awrd/arbitrability16.aspx).

KOCUR M., KIESZCZYŃSKI J., ZRAŁEK J., ZACHARIASIEWICZ M., *Badanie arbitrażu*, disponible sur: <http://kocurpartners.com/wp-content/uploads/2016/06/Badanie-Arbitrazu-2016-pl.pdf>.

LE BRUSQ J.-D. «The Tapie saga : Paris successfully passed the test», *Kluwer Arbitration Blog*, 1<sup>er</sup> septembre 2016, disponible sur : <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/09/01/the-tapie-saga-paris-successfully-passed-the-test/>.

LEE S. «What is the likely impact of the Myanmar Arbitration Act? », *Lexis Nexis UK Blogs*, 9 mars 2016, disponible sur: <https://blogs.lexisnexis.co.uk/dr/what-is-the-likely-impact-of-the-myanmar-arbitration-act/>.

MOURA VICENTE D. « L'arbitrage au Portugal et au Brésil », *La lettre de l'AFA*, vol. 19, mars 2016, disponible sur : [http://www.afa-arbitrage.com/es/?wysijapage=1&controller=email&action=view&email\\_id=199&wysijap=subscriptions](http://www.afa-arbitrage.com/es/?wysijapage=1&controller=email&action=view&email_id=199&wysijap=subscriptions).

OLIVA R. « Arbitration and companies financial statements », *Arbitration in Italy blog*, 2 août 2015, disponible sur: <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2015/08/02/arbitration-and-companies-financial-statements/>.

OLIVA R. « Once again, on arbitration and companies financial statements », *Arbitration in Italy blog*, 18 septembre 2015, disponible sur: <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2015/09/18/once-again-on-arbitration-and-companies-financial-statements/>.

OLIVA R. « Arbitrability of corporate disputes», *Arbitration in Italy blog*, 8 janvier 2016, disponible sur: <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2016/01/08/arbitrability-of-corporate-disputes/>.

OLIVA R. « Arbitrability of corporate disputes», *Arbitration in Italy blog*, 2 octobre 2016, disponible sur : <http://www.arbitratoinitalia.it/en/2016/10/02/arbitrability-of-corporate-disputes-2/#more-1223>.

ORECKI M. «Development of consumer arbitration in Poland – further amendements to the Polish arbitration law» *Kluwer Arbitration Blog*, 10 octobre 2016, disponible sur : <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/10/10/development-consumer-arbitration-poland-amendments-polish-arbitration-law/>.

PINTO CARDOSO M. «Portuguese Arbitration Law: A Gateway to Portuguese-Speaking Countries? » *Kluwer Arbitration Blog*, 7 mars 2012, disponible sur: <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/03/07/portuguese-arbitration-law-a-gateway-to-portuguesespeaking-countries/>.

PLACHY P. «The New Slovak Arbitration Act Applicable From January 2015: Has It Progressed Sufficiently? », *Kluwer Arbitration Blog*, 17 avril 2015, disponible sur: <http://kluwerarbitrationblog.com/2015/04/17/the-new-slovak-arbitration-act-applicable-from-january-2015-hasit-progressed-sufficiently/>.

PRADA M. *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Rapport en date du mois de mars 2011, disponible sur: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_Rapport\\_prada\\_20110413.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf)

SAMOLYOV M. « Russian proposals on domestic arbitration », disponible sur : <http://www.en.msamoylov.com/?p=265#more-265>.

VÉRON P. « Arbitrage et propriété intellectuelle », Conférence donnée le 2 février 1994 devant le Groupe Rhône Alpes de Propriété Industrielle (GRAPI) Lamy, Véron, Ribeyre & Associés, Lyon/Paris 1994, p. 14, disponible sur [https://www.veron.com/veron/publications/Colloques/Arbitrage\\_et\\_propriete\\_intellectuelle\\_pdf\\_texte.pdf](https://www.veron.com/veron/publications/Colloques/Arbitrage_et_propriete_intellectuelle_pdf_texte.pdf).

VISCASILLAS PERALES M.P. «Is a uniform arbitrability rule needed at International Level?», *Kluwer arbitration blog*, 5 janvier 2016, disponible sur: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/05/is-a-uniform-arbitrability-rule-needed-at-an-international-level/>.

VOSER N., GEORGE A. «Insolvency and arbitration: Swiss Supreme Court revisits its Vivendi vs. Elektrim decision», *Kluwer Arbitration Blog*, 5 décembre 2012, disponible sur: <http://kluwerarbitrationblog.com/2012/12/05/insolvency-and-arbitration-swiss-supreme-court-revisits-its-vivendi-vs-elektrim-decision/>.

WALKER J. «Arbitrability, Are there limits? », London Court of International Arbitration Symposium: *The promise of International Commercial Arbitration*. Montréal, octobre 2004, disponible sur: <http://ssrn.com/abstract=1490744>.

## Jurisprudence (principaux arrêts cités)

### Jurisprudence française

CA Lyon, 7 février 2013, n° 11/02232, *BacaLy* n°3, obs. Guichard.

CA Orléans, 8 mars 2001, *Rev. arb.* 2002, obs. Fouchard.

CA Paris 10 décembre 1901, *Marquis de santa Cristina et consorts c. Prince et Princesse Del Drago*, *JDI* 1902, p. 314.

CA Paris, 1 mars 1951, *D.* 1951, p. 315.

CA Paris, 9 décembre 1955, *Soc. Goldschmidt c. Soc. Vis et Zoen*, *Rec. Dalloz*, 1956, p. 217, note Robert, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 523, note Motulsky, *Rev. arb.* 1955, p. 101.

CA Paris, 15 juin 1956, *Rev. arb.* 1956, p. 97 ; *JCP* 196, II, 9419, note Motulsky.

CA Paris, 27 juin 1957, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 144.

CA Paris, 19 décembre 1986, *OIAETI c. Sofidif*, *Rev. arb.* 1987.

CA Paris, 29 mars 1991, *Société Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens*, *Rev. arb.*, 1991, pp. 478 et s, note Idot .

CA Paris, 24 avril 1992, *JurisData* n° 1992-023183 ; *Rev. arb.* 1992, p. 598, note Jarrosson.

CA Paris, 19 mai 1993, *Société Labinal c. Société Mors et Westland Aerospace*, *Rev. arb.*, 1993, pp. 645 et s., note Jarrosson; *JDI*, 1993, pp. 957 et s., note Idot; *RTD com.* 1993, pp. 495et s, obs. Dubarry et Loquin.

CA Paris, 1 octobre 1993, *Aplix c. Velcro*, *Rev. arb.* 1994, p. 164, note Jarrosson.

CA Paris, 24 mars 1994, *Deko*, *Rev. arb.* 1994, p.515, note Jarrosson ; *D.* 1996, sommaire, p. 21, obs. Mousseron, Schmidt-Szalewski.

CA Paris, 27 octobre 1994, *Société de Diseno c. société Mendes*, *Rev. arb.* 1995, p. 263, note Level.

CA Paris, 7 décembre 1994, *Société V 2000 (Jaguar France) c. Société Project XJ 220 ITD et autres*, *Rev. arb.* 1996, pp. 245 et s. note Jarrosson.

CA Paris, 20 septembre 1995, *Matra Hachette v. Reteitalia*, *Rev. arb.* 1996, note Cohen.

CA Paris, 16 juin 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 333, note Idot.

CA Paris, 19 octobre 2000, inédit ; *Rev. arb.* 2004, p. 859.

CA Paris, 29 mars 2001, n° 1999/14249 et n° 2000/06031, *Rev. arb.* 2001, p. 543, note Bureau; *Rev. arb.* 2007, p. 500, note Jaeger.

CA Paris, 31 octobre 2001, *Propriété intellectuelle* 2002 (20), note Raynard.

CA Paris, 12 septembre 2002, *Macron et SARL IDD c. SCAP*, *Rev. arb.* 2003, p.173, note Boursier.

CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defence c. GIE Euromissile*, *Rev. arb.* 2005, p. 529, note Radicati di Brozolo.

CA Paris, 29 septembre 2005, *Bechtel*, *Rev. arb.* 2006, p. 695, note Muir Watt, *JCP G* 2006, I, 148, n°7, obs. Seraglini; *D.* 2005, p. 3063, obs. Clay ; *RCDIP* 2006, p. 387, note Szekely.

CA Paris, 15 juin 2006, *Fincantieri Cantieri Navali Italiani*, *Rev. arb.* 2007, p. 90, note Bollé.

CA Paris, 28 février 2008, *Liv Hidravlika c. Diebolt*, *Jurisdata* n°3590055, *JCP éd. G* 2008, I, 164, n° 8, obs. Béguin.

CA Paris, 20 mars 2008, *Rev. arb.* 2008.

CA Paris, 26 février 2013, *SARL Lola Fleurs c. Société Monceau Fleurs et autres*, *ASA Bull.* 2013, p. 900.

CA Versailles, 25 septembre 1997, *RDI* 1998, p. 287

Cass. mixte, 29 janvier 1971, *D.*, 1971, p. 301, note Hauser, Abitol; concl. Lindon.

Cass. req., 29 octobre 1888, *DP* 1889, 1, p. 13.

Cass. civ., 10 juillet 1843, *L'Alliance c. Prunier*, *S.* 1843, 1, p. 561, *D.* 1843, 1, p. 343, concl. av. gén. Hello, note Devilleneuve ; *Rev. arb.* 1992, p. 399, comm. Jarrosson.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mai 1927, *DH* 1928, p. 25, note Capitant.

Cass. civ, 19 février 1930, *Mardelé*, *S.* 1933. 1 ; p. 41, note Niboyet.

Cass. civ., 27 janvier 1931, *Dambricourt*, *S.* 1933. 1 ; p. 41, note Niboyet.

Cass. civ., 7 février 1958 ; *JCP* 1958, II, 10 777, note Motulsky.

Cass. civ. 7 mai 1963, *Gosset*, *Rev. arb.* 1963, p. 60, *J.D.I.*, 1964, p. 82, note Bredin, *Rev. crit. DIP*, 1963, p. 615, note Motulsky.

Cass. civ., 2 mai 1966, *Galakis*, *Rev. crit. DIP*, 1967, p. 533, note P. Level.

Cass, 1<sup>re</sup> civ., *Hecht*, 4 juillet 1972, *J. D. I.* 1972, p. 843, note Oppetit ; *R.T.D. com.*, 1973, p. 419, obs. Loussouarn; *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 82, note Level ; *Rev. arb.*, 1974.

Cass, 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1973, *D.* 1973, p. 478; *Gazette du Palais* 1973 (2), p.861.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 juin 1973, n° 72-10.870 ; *Bull. civ.* 1973, I, n° 192.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 octobre 1981, *Bull. civ.* I, n° 287, *JDI* 1982, p. 931, note Delvolvé.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 novembre 1993, *Société Bomar Oil N.V c. Entreprise tunisienne d'activités pétrolières*, *Rev. arb.* 1990, p. 134, note Kassedijan.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., *Dalico*, 20 décembre 1993, *Rev. arb.* , 1994, p. 116, note Gaudemet-Tallon ; *J.D.I.*, 1994, p.432, note Gaillard ; *R.T.D. com.*, 1994, p. 254, note Dubarry et Loquin.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1997, *Jaguar France*, *Rev. arb.* 1997, p. 537, note Gaillard ; *RCIDP* 1998, p. 87, note Heuzé ; *RTD com.*, 1998, p. 330, obs. Loquin.

Cass civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *Zanzi*, *Rev. arb.* 1999, p. 260, note Fouchard ; *RTD com.* 1999, p. 380, obs. Loquin.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 8 février. 2000, *Bull. civ.* 2000 I n° 37 p. 24 ; *RTD civ.* 2001, p. 420, obs. Vareille ; *Rev. arb.* 2002, p. 661, note Lécuyer.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mars 2000, *André Vernhoef c. Moreau*, *Cah. arb.*, vol. I, 2000-2001, p. 357.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 30 mars 2004 *Rado*, *RTD com.* 2004, p. 447, obs. Loquin; *JCP G* 2004, I, 134, n°3, obs. Seraglini ; *Rev. arb.* 2005, p. 125, note Boucobza; *D.* 2004, p. 2458, note Najjar; *D.* 2005, p. 300, II-C-1, obs. Clay.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1er février 2005, *NIOC c. Israël*, *Rev. arb.*, 2005, p. 692, note Muir-Watt.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 2007, *PT Putrabali Adyamulia c. Rena Holding et a.*, *Rev. arb.* 2007, p. 507, rapport J.P Ancel, note Gaillard; *JDI* 2007, p. 1236, note Clay; *JCP G* 2007, I, 2016, n° 7, obs. Seraglini; *RTD com.* 2007, p. 682, obs. Loquin; *D.* 2008, p. 1429, note Degos; *RCIDP* 2008, p. 109, note Bollée.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 4 juin 2008, *Cytec*, *D.* 2008, p. 2560, *Rev. arb.* 2008, p. 473, note Fadlallah.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 2009, *JCP G* 2009, p. 190, note Boulanger.

Cass 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, *SA Lion et compagnie c. Société International Company For Commercial Exchanges Income*, *Gaz. Proc. Coll.* 2009 (3), p. 9, note Mélin.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 26 janvier 2011, n° 09-10.198, *Bull. civ.* 2011, I, n° 15.

Cass, 1<sup>re</sup> civ., 1 octobre 2011, *Elf Aquitaine*, *Bull. civ* ; 2011, I, n° 163, *Rev. crit. DIP* 2012, 121, note Muir-Watt ; *LPA* 2012, n° 141, p. 18 obs. Clavel ; *Procédures* 2011, p. 370, note doctr. 1432, § 6, obs. Seraglini ; *D.* 2012, 2337, obs Bolée ; *RTD com.* 2012, p. 522, obs. Loquin.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 12 juin 2013, *Victocor Technologies*, *JCP* 2013, *Doctr.* 784 § 3, obs. Seraglini; *Cah. arb.*, 2014 (1), p. 73, comm. Léger.

Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 mars 2013, *Pirelli c. Licensing Projects*, *Bull. civ.* 2013, I, n° 5 ; *La Semaine juridique Ed. Générale* n°21, 20 mars 2013, p. 559, note Béguin et Wang.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 novembre 2013, *Bull. civ.* 2013, I, n° 222; *Semaine Juridique Ed. Générale*. n°3, 20 janvier 2014, p. 77, note Le Bars.

Cass, 1<sup>re</sup> civ. 22 octobre 2014, *Dalloz actualité*, 7 novembre 2014, note Delpech.

Cass. 1<sup>re</sup> civ 30 juin 2016, *Dalloz actualité*, 30 août 2016, obs. Delpech, *Rev. arb.* 2016, p. 1123, note Mayer; *Cah. arb.* 2017, p. 339, note Henry.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 mai 1962, *Rev. arb.* 1962, p. 102.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 1963, *JCP G* 1964, II, 13472, note P. L.

Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 novembre 1974, *Rev. arb.* 1975, p. 302, note Loquin.

Cass. com., 29 novembre 1950, *Tissot*, *JCP* 1951, IV, 5 ; *RTD civ.* 1951, p. 106, obs. Hébraud.

Cass. com. 8 mai 1961, *Bull. civ.*, n° 192, p. 169.

Cass. com. 15 novembre 1978, *D.* 1979. IR 130.

Cass. com. 4 juin 1985, *Bull. civ.* IV, n° 178; *RTD civ.* 1986, p. 593, obs. Mestre; *Rev. arb.* 1987, p. 139, note Goutal.

Cass. com., 8 juin 1992, *Bull. civ.* IV, n° 233.

Cass, com., 9 avril 2002, *Rev. arb.* 2003, p. 103, note Didier; *D.* 2003, p. 1117, note Degos; *JCP G* 2003, I, 2003, n° 2, obs. Seraglini ; *RTD com.* 2003, p. 62, obs. Loquin.

Cass. com, 2 juin 2004, *Rev. arb.* 2004. 596, note P. Ancel.

Cass, com., 23 janvier 2007, *JCP G* 2007, I, 168, obs. Béguin.

Cass com., 23 janvier 2007, *Rev. arb.*, 2007, p. 769, note Mayer.

Cass com. 22 janvier 2008, *Rev. arb.* 2009, p. 145, note P. Ancel.

Cass. com., 2 décembre 2008, *Rev. arb.*, 2009, p. 327, note Mayer.

Cass. com. 26 mai 2009, *CSF c. Prodim*, *JCP G* 2009, I, 462, obs. Béguin.

Cass. soc., 16 février 1999, *Société Château Tour Saint Christophe c. Aström*; *Bull. civ.*, IV, n°78 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 290, note Moreau.

Cass. soc., 4 mai 1999, *Picquet c. SA Sacinter*, *Bull. civ.* 1999 V n° 191 p. 140.

Cass soc., 30 novembre 2011, *M.E. Serant et a. c. SA Deloitte*, *JCP G* 2012, 843, n° 23, obs. Seraglini ; *Rev. arb.* 2012, p. 333, note Boucaron-Nardetto.

Tribunal Civ. Seine, 16 mars 1899, *Marquis de santa Cristina et consorts c Prince et Princesse Del Drago*, *JDI*, 1899, p. 744.

## **Jurisprudence polonaise**

### *Jurisprudence constitutionnelle (TK)*

TK, 11 avril 2006, SK 57/04, *Dz. U.* 2006, n° 64, pos. 457, p. 2883, *OTK-A* 2006/4/43.

### *Jurisprudence des cours d'appel (SA) et des tribunaux régionaux (SO)*

SA Białystok, 27 octobre 2006, I ACz 794/06, *LEX* n° 208159, *OSAB* 2006/2-3/25.

SA Gdańsk, 7 juillet 1996, I ACr 560/96, *Pr.Gosp.* 1997/1/63-67.

SA Katowice, 15 décembre 2016, V ACz 1309/16, *LEX* n° 2171133.

SA Szczecin, 29 mars 2013, I ACz 1181/12, *LEX* n° 1344245.

SA Warszawa, 16 novembre 2005, VI Aca 473/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2006 /2/33.

SA Warszawa, 2 décembre 2005, VI Aca 760/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2006/ 1/ 19.

SA Warszawa, 1<sup>er</sup> avril 2011, I ACa 1087/10, *Apel.-W-wa* 2011/4/34.

SO Warszawa, 30 juillet 2010, XXII GWzł 15/10, *Collection de jurisprudence de XXII Wydziału Wspólnotowych Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych w Warszawie.*

SO Warszawa, 20 septembre 2010, XXII GWzł 17/10, *Collection de jurisprudence de XXII Wydziału Wspólnotowych Znaków Towarowych i Wzorów Przemysłowych w Warszawie.*



*Jurisprudence de la Cour suprême (SN)*

SN, I 165/28, non publié.

SN, 21 janvier 1931, III 1 Rw 1931/30, *Przegląd Prawa i Administracji* 1931, pos. 150.

SN, 1<sup>er</sup> mars 1952, C 751/51, *NP* 1953/8-9/154.

SN, 3 avril 1957, I CO 4/57, *OSN* 1953/62/57.

SN, 14 octobre 1961, 4 CR 86/61, *OSNCP* 1963.

SN, 24 octobre 1984, WaC 291/48, *LEX* n° 1673788.

SN, 11 juillet 1997, II CKN 277/97, *LEX* n° 83844.

SN, 11 juillet 2001, V CKN 379/00, *OSNC* 2002/3.

SN, 11 octobre 2001, IV CKN 1239/01, *Pal.* 2002/3-4/225, *LexPolonica* n° 354906.

SN, 24 juillet 2002, I CKN 915/00, *OSG* 2004/7/ 98

SN, 2 avril 2003, I CK 287/02, *OSNC* 2004/ 6/100.

SN, 2 octobre 2005, III CZP 75/05, *OSNC* 2006/9/142.

SN, 13 juillet 2006, III SZP 3/ 06, *OSNP* 2007.

SN, 29 novembre 2007, III CSK 176/07, *OSNC-ZD* 2008/2/55, *Biuletyn SN* 2008/3.

SN, 7 mai 2009, III CZP 13/09, *OSNC* 2010, n° 1, pos. 9, *PiP* 2010/1, note Błaszczuk.

SN, 2 décembre 2009, I CSK 120/09, *LEX* n° 584183.

SN, 16 décembre 2010, I CSK 112/10, *Biuletyn SN* 2011/4.

SN, 21 mai 2010, II CSK 670/2009, *OSNC* 2010/12/170.

SN, 18 juin 2010, V CSK 434/09, *LEX* n° 738365.

SN, 23 septembre 2010, III CZP 57/10, *OSNC* 2011/2/14.

SN, 19 avril 2012, IV CSK 443/11, *LEX* n° 1228680.

SN 24 octobre 2012, III CSK 35/12, *LEX* n° 1232776.

SN, 20 novembre 2015, III CZP 17/15, *OSNC* 2016/4/40.

*Juridictions de l'Office de Protection de la Concurrence et des Consommateurs (SOKiK)*

SOKiK, 7 mars 2005, XVIII Ama 6/04, *Dz. Urz. UOKiK* 2005/2/26.

SOKiK, 22 août 2005, XVIII Ama 21/05, *Dz. Urz. UOKiK* 2005/3/45.

### **Jurisprudence de l'Union européenne**

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz*, C-33/76, *Rec.* 1976 p. 1989.

CJCE, 23 mars 1982, *Nordsee*, C-102/81, *Rec.* 1982, p. 1095 ; *Rev. arb.* 1982.

CJCE, 15 novembre 1983, *Duijnstee*, C-288/82, *Rec.* 1983 p. 3663,

*Jur.*, p. 3663, *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 361, note Bonet ; *NJ*, 1984, 695, note Schultsz.

CJCE, 25 juillet 1991, *Rich*, C-190/89, *Rec.* 1991 p. I-3855; *Rev. crit. DIP* 1993 p. 316, note Mayer.

CJCE, 27 avril 1994, *Energiebedrijf IJsselmij*, C-393/92, *Rec. I*, p. 1477 ; *Rev. arb.* 1995, p. 503, note Fouchard.

CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, C-391/95, *Rec. I*, p. 7091; *Rev. arb.* 1999.

CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rec.* 1999 p. I-3055 ; *Rev. arb.*, 1999, p. 631, note Idot.

CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial*, C-240/98 à C-244/98, *Rec.* 2000 p. I-4941; *Europe* 2000 (8), p. 26, note Idot; *RTD com.* 2001, p. 287, obs. Jazottes, Luby et Poillot-Peruzzetto.

CJCE, 13 juillet 2006, *GAT*, C-4/03, *Rec.* 2006 p. I-6509; *Europe* 2006 (299), p. 28, note Idot.

CJCE, 13 juillet 2006, *Roche Nederland e.a.*, C-539/03, *Rec.* 2006 p. I-6535; *Europe* 2006 (299), p. 28, note Idot.

CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *Rec.* 2006 p. I-10421; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note Idot ; *JDI* 2007, p. 581, note Mourre ; *JCP G* 2007, I, 168, n° 1, obs. Seraglini ; *D.* 2006, p. 3027, obs.. Clay ; *D.* 2006, p. 2562, obs. Bollée ; *RTD civ.* 2007, p. 113, obs. Mestre et Fages ; *RTD civ.* 2007, p. 633, obs. Théry.

CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcon Telecomunicaciones*, C-40/08, *Rec.* 2009 p. I-9579; *JCP G* 2010, p. 644, obs. Seraglini.

CJCE, 10 février 2009, *Allianz et Generali Assicurazioni Generali*, C-185/07, *Rec.* 2010, p. I-663, *Rev. arb.* 2009; *Recueil Dalloz* 2009 pp. 983-985, note Kassedijan; *Europe* 2009 (176), p. 32, note Idot; *Rev. arb.* 2009 p. 413-427, note Bollée.

CJUE, 21 décembre 2016, *Biuro Podróży Partner sp. z o.o. sp.k. w Dąbrowie Górniczej c. Président de UOKiK*, C-119/15, *JO C* 53, 20 février 2017 p. 7; *Europe* 2017 (2), p. 39, note Gazin.

CJUE, 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo, Palacios Martínez, Banco Popular Español*, aff. jtes C-154/15, C-307/15, 308/15, *JO C* 53, 20 février 2017 p. 8; *Europe* 2017 (2), pp. 39 et s., note Gazin.

## **Jurisprudence arbitrale et étrangère**

BGH 4 juillet 1951, IIZR 117/50, *MDR* 1951, p. 674.

BGH 28 novembre 1963, VII ZR 112/62, *BGHZ* 40/48.

BGH 11 juillet 1966, IIZR 134/65, *NJW* 1966, p. 2055.

BGH 29 mars 1996, II ZR 124/95, *NJW* 1996, p. 1753.

BGH 14 septembre 2000, III ZR 33/00, *NJW* 2000, p. 3720.

BGH 6 avril 2009, II ZR 255/08, *NJ* 2009, p. 1962.

BGH 6 avril 2017, I ZB 23, *NJW-RR* 2017, p. 876.

Bombay High Court, 12 avril 2016, *Eros International Media Ltd c. Telex Links India Pvt. Ltd.*, disponible en ligne: <https://indiankanoon.org/doc/148880955/>; *Kluwer Arbitration Blog*, 16 juin 2016, note Kurlekar, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/06/16/a-false-start-uncertainty-in-the-determination-of-arbitrability-in-india/>.

CA Bruxelles, 1 février 1843, *Pasicrisie* 1843, II, pp. 99 et s.

CA Bruxelles, 29 janvier 1845, *Pasicrisie*, 1847, II, p. 288.

CA Bruxelles, 27 avril 1999, *RDCB* 2000, p. 619 ; *TRV* 1999, pp. 525 et s., note van Gerven.

CA Bruxelles, 22 juin 2009, *RCB* 2009, p. 41.

CA Catanzaro, 2<sup>e</sup> ch. civ, 22 septembre 2016, aff. n° 1478, *RG* n° 523/201, *Repert.* n° 1768/2016, 22/09/2016 ; *Arbitration in Italy blog*, 2 octobre 2016, obs. Oliva.

CA Liège, 12 mai 1977, *Journal des Tribunaux*, 1977, p. 710, note Keutgen, Huys.

CA Lisbonne, 13 février 2014, aff. n° 1053/13, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>, 7YRLSB-2.

CA Lisbonne, 13 janvier 2015, aff. n°1356/13, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/>, OYRLSB.L1-7.

CA Madrid, 18 octobre 2013, aff. n°147/2013, NCJ058152.

CA Mons, 30 juin 1997, *RDC* 1999 pp. 28 et s. note Lefèvre

CCI, aff. n° 953, 1956, *YB* III (1978), p. 2014.

CCI, aff. n° 3896, 13 avril 1982, *J.D.I.* 1984 (58), décision intérimaire dans l'affaire *Framatore et al. c. Atomic Energy Organization of Iran*.

CCI, aff. n° 6097, 1989, *Bull. CCI* 1993 (10), p. 80.

CCI, aff. n° 6379, *YBCA* 1992, p. 2012 ; *Rev. dr. com. belge* 1993, p. 1146, note Hanotiau ; *Bull. CCI* (5) 1996, p. 84.

CCI, aff. n° 6057, *Clunet* 1993, p. 1016 et s.

CCI, aff. n° 6709, *Bull. CCI* 1994, p. 69

CCI, aff. n° 7673, *Bull. CCI* 1995 (6), p. 56 et s.

Corte suprema di cassazione, 16 mars 1925, *Riv. Dir. Intern.* 1926, p. 526.

Corte suprema di cassazione, 1<sup>re</sup> ch. civ, 24 mai 1965, aff. n° 999, *Giustizia civile* 1965, 15 (2), p. 1575, note Giannattasio.

Corte suprema di cassazione, 1<sup>re</sup> ch. civ., 12 septembre 2011, aff. n° 18600, *GDi.* 2011, p. 43, note Micali.

Corte suprema di cassazione, 6<sup>e</sup> ch. civ., 10 juin 2014, aff. n° 13031., *RG* n° 15615/2013, *Giur. comm.* 2016 (4), partie II, p. 741, note Corsi.

Corte suprema di cassazione, 6<sup>e</sup> ch. civ., 10 septembre 2015, aff. n° 17950, disponible sur le site de Cassazione Civile; *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* 2016 LXX, obs. Dalmotto, p. 90.

Cour commerciale de Saint-Petersbourg, 17 février 2016, *Nevskaya Concession Company c. Ville de St. Petersburg*, aff. n°. A56-9227/2015; obs. M. Scherer (éd.), *International Arbitration in the Energy Sector*, Oxford University Press, New York 2018, n° 12.52.

Cour d'arbitrage auprès de la Chambre Commerciale et de la Chambre de l'Agriculture de la République Tchèque, 15 janvier 2008, aff. n° 135/2006 ; *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration 2011*, vol. I, obs. Belohlavek et Profeldova, pp. 348 et s.

Cour de cassation de Belgique, 13 avril 1893, *Pasicrisie* 1893 (1), p. 167.

Cour de cassation de Belgique, 28 juin 1979, *Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit*, *Journal des Tribunaux* 1979, p. 625; *GAJA*, V, p. 76 ; *YCA*, 1980, p. 257.

Cour de cassation de Dubai, 23 novembre 2014, *Al Reyami Group LLC v. BTI Befestigungstechnik GmbH & Co KG*, aff. n° 434/2014 ; *International Journal of Arbitration* 2016, 82 (3), p. 237, obs. Balen.

Cour Supérieure du Québec, *Sansfaçon*, 10 avril 2003, aff. n° 200-17\_002923-02, *R.J.Q* 2003, p. 1484, §28.

Court of Appeal (England and Wales), 4 mars 1998, *Soleimany c. Soleimany*, EWCA Civ 285, 3 WLR 811 [1999] QB 785, [1998].

Court of Appeal (England and Wales), 12 mai 1999, *Westcare Investments Inc c. Jugoimport-SDPR Holding Co Ltd*, [2000] QB 288, EWCA Civ 1401.

Court of Appeal (England and Wales), 9 juillet 2009, *Syska c. Vivendi Universal S. A.*, 2009 EWCA Civ 677; 2009 2 CLC 10; *Gazette du Palais* 2009 (300), p. 5. obs Baizeau.

Court of Appeal (England and Wales), 21 juillet 2011, *Fulham Football Club (1987) Ltd c. Richards*, EWCA Civ 855, 2 WLR 108 [2012].

Court of Appeal (England and Wales), 1<sup>er</sup> avril 2015, *The London Steam Ship Owners' Mutual Insurance Association Ltd c. The Kingdom of Spain and The French State (The "Prestige")*, EWCA Civ 333, 2 *Lloyd's Rep*, p. 33.

Court of Appeal of Singapore, *Tomolugen Holdings Ltd and another c. Silica Investors Ltd and other appeals*, 2015, 1 SLR 373; *ITA Board of Reporters*, Kluwer Law International, note Hwang et Chang.

Court of Common Pleas, *Richardson v. Mellish* [1824-34] *All ER Rep.* 258 (1824).

High Court of Justice (England and Wales), *Black Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhoff Aschaffenburg A.G.*, EWHC 1981, 2 *Lloyd's Rep.* p. 446.

High Court of Justice (England and Wales), 2 octobre 2008, *Syska c. Vivendi Universal S. A.* EWHC 2155 (Comm.); *Gazette du Palais* 2009 (300), p. 5. obs Baizeau.

OGH 14 août 1993, *Österreichische Juristenzeitung* 1993, p. 636f.

OGH, 7 novembre 2002, *Juristische Blätter* 2003, p. 327.

OLG Dresden, 27 janvier 2005, *SchiedsVZ* 2005, p. 159.

OLG Hamm, 8 décembre 1986, 8U 73/86, *NJW-RR* 1987, pp. 1319 et s.

OLG Köln, 13 novembre 2007, *SchiedsVZ* 2008, p. 152.

Stockholm Chamber of Commerce, SCC O53/2005, *Stockholm Int'I Arb. Rev.* 2007, pp. 6, obs. Wallgren, Lindegaard, Franke, Runesson.

Supreme Court of India, 24 janvier 2014, *World Sports Group (Mauritius Ltd) c. MSM Satellite (Singapore) Private Limited (WSG)*, AIR 2014 SC 968, disponible en ligne: <https://indiankanoon.org/doc/48872488/>; A. J. van den Berg (éd), *Yearbook Commercial Arbitration* 2014, vol. 39, p. 408.

Supreme Court of India, 28 mai 2014, *Swiss Timing Ltd c. Organizing Committee, 2014 (7) SCALE 515*, disponible en ligne: <https://indiankanoon.org/doc/134382998/>; *Indian Journal of Arbitration Law* 2014 III (2), p. 23, note Sindhu.

Supreme Court of the United States, *Wilco c. Swan*, 346 U. S. 427.438 (1953).

Supreme Court of the United States, *Sherk v. Alberto Culver Co.*, 417 U. S. 506, 520 (1974).

Supreme Court of the United States, *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 624-28 (1985), *YBCA*, 1986, vol. XI, pp. 555 et s.; *Rev. arb.* 1986, pp. 273 et s.

Tribunal de l'Arbitrazh de la région *Khanty-Mansiyskiy*, 29 décembre 2004, *Maximov c. Novolipetskiy Mettallurgicheskiy Kombinat*, n° A75-3725/04-860-2005 ; *New Developments in*

*International Commercial Arbitration 2015*, Ch. Müller, S. Besson, A. Rigozzi (éd.), obs. Hober, p. 19.

Tribunal fédéral suisse, 28 octobre 1887, *Stigler*, *Rec. Off.* 13, pp. 355 et s.

Tribunal fédéral suisse, 1<sup>er</sup> février 1913, *Rec. Off.* 39, II, p. 52.

Tribunal fédéral suisse, 17 janvier 1914, *Rec. Off.*, 40, II, p. 79.

Tribunal fédéral suisse, 24 février 1981, ATF 107 II 181.

Tribunal fédéral suisse, 28 avril 1992, *G. S. A c. V. S.p.A*, *Rev.arb.*, 1993, p. 124, note Idot.

Tribunal fédéral suisse, 23 juin 1992, *Fincantieri-Cantieri Navali c. M.*, ATF 118 II 353, *Rev. arb* 1993, p. 695.

Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001, ATF 127 III 279, *Rev. arb.* 2001, p. 835, note Poudret.

Tribunal fédéral suisse, 24 juin 2002, 4P. 54/2002, *ASA Bull.* 2003, p. 137.

Tribunal fédéral suisse, 9 janvier 2006, ATF 130 III 445, 4P.280/2005.

Tribunal fédéral suisse, 8 mars 2006, ATF 132 III 389, *Tensacciai c. Terra Armata*, 4P.278/2005, *Bull. ASA* 2006, p. 550.

Tribunal fédéral suisse, 3 septembre 2008, 5A\_205/2008, disponible sur le site du Tribunal fédéral suisse.

Tribunal fédéral suisse, 31 mars 2009, *Vivendi S.A. et. al. c. Deutsche Telekom AG et al* 4A\_428/2008, non publié, *Cah. arb.* 2011, p. 36-45, note Baizeau.

Tribunal fédéral suisse, 28 juin 2010, ATF 136 III 467, 4A\_71/2010, *Sem. jud.* 2010 I p. 545.

Tribunal fédéral suisse, 16 octobre 2012, ATF 138 III 714, 4A50/2012, *Rev. arb.* 2012, p. 854, note Tschanz.

Tribunal fédéral suisse, 30 juin 2014, 5A\_22/2013, *Sem. jud.* 2014 I p. 436.

Tribunale ordinario di Milano, 10 mai 2013, aff. n° 6595, RG n° 48056/2011, disponible sur le site de la *Giurisprudenza delle Imprese*.

Tribunale ordinario di Milano, 28 juillet 2015, aff. n° 9115, RG n° 49477/2013, disponible sur le site [www. arbitratoinitalia.it](http://www.arbitratoinitalia.it).

United States Court of Appeals, Second Circuit, *American Safety Equipment Corp. c. J. P. Maguire & Co*, 391 F. 2d 821.

United States Court of Appeals, Second Circuit, 2 juin 1993, *Roby c. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353.

United States Court of Appeals, Second Circuit, 7 juin 2001, *Louis Dreyfus Negoce S.A. c. Blystad Shipping*, 252 F.3 d 2018, 224.

United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 22 juillet 1988, *Kowalski c. Chicago Tribune Co.*, 854 F. 2d 168, 57 USLW 2113, 1988-2 Trade Cases 68,173, 15 Media L. Rep. 2451.

United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *Republic of Nicaragua c. Standard Fruit Co*, 937 F. 2d 469, 9 th Cir. (1991).



# TABLE DES MATIÈRES

---

Introduction .....	10
I. La favor arbitrandum .....	10
II. Détermination du corpus objet de l'observation .....	15
a. Intérêts de l'étude .....	15
b. Méthodologie de l'étude.....	20
c. Hypothèses et plan de l'étude .....	25
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. L'ÉVOLUTION DU CONCEPT D'ARBITRABILITÉ: PERSPECTIVE HISTORIQUE .....	29
SECTION PRÉLIMINAIRE. RÉFLEXIONS SUR L'ARBITRABILITÉ A LA LUMIÈRE DE LA NATURE DE L'ARBITRAGE.....	31
SECTION I. LE FONDEMENT CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE .....	35
Paragraphe 1. La portée de la théorie contractuelle de l'arbitrage .....	36
Paragraphe 2. La signification de la théorie contractuelle pour le développement du concept de favor arbitrandum.....	38
A. L'essor de la convention d'arbitrage dans les pays de tradition civiliste .....	38
B. L'essor de la convention d'arbitrage dans les pays de Common Law .....	43
SECTION II. LE FONDEMENT JURIDICTIONNEL DE L'ARBITRAGE .....	46
Paragraphe 1. La portée de la théorie juridictionnelle de l'arbitrage .....	47
Paragraphe 2. La signification de la théorie juridictionnelle pour le développement du concept de favor arbitrandum – l'évolution de la notion de compétence exclusive.....	50
A. La compétence exclusive comme critère applicable à l'arbitrabilité ?.....	50
B. La compétence exclusive comme critère non autonome d'arbitrabilité.....	52
1. En droit français .....	52
2. En droit polonais.....	56
SECTION III. LE CARACTÈRE HYBRIDE DE L'ARBITRAGE .....	61
Paragraphe 1. La portée de la théorie mixte de l'arbitrage .....	62
Paragraphe 2. La signification de la théorie mixte pour le développement de la favor arbitrandum .....	66
A. Les sources aux origines de la double fonction de l'arbitrabilité .....	66
B. Le droit applicable à l'arbitrabilité .....	69
PARTIE I. LA NOTION D'ARBITRABILITÉ .....	80
TITRE I LES CRITÈRES TRADITIONNELS D'ARBITRABILITÉ DANS LES DROITS NATIONAUX.....	82
CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ ET L'ORDRE PUBLIC.....	83

SECTION I. LA NOTION D'ORDRE PUBLIC .....	84
Paragraphe 1. La diversité du concept d'ordre public .....	85
A. La typologie selon l'objet des normes d'ordre public .....	86
B. La typologie selon la nature des normes d'ordre public .....	89
Paragraphe 2. Le déclin du rôle de l'ordre public en arbitrage .....	93
A. L'élargissement de la compétence de l'arbitre par rapport à l'ordre public .....	93
B. Le caractère distendu des liens entre l'ordre public et l'arbitrabilité .....	94
SECTION II. LA MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT D'ORDRE PUBLIC ET SES CONSÉQUENCES SUR LA NOTION D'ARBITRABILITÉ .....	97
Paragraphe 1. Les approches à l'arbitrabilité dans les pays de tradition civiliste .....	98
A. L'ordre public en tant que critère contestable de l'arbitrabilité en droit français ...	100
B. L'exception d'ordre public face à l'arbitrabilité dans les droits de tradition germanique .....	103
1. En droit allemand.....	103
2. En droit polonais.....	105
Paragraphe 2. Les approches à l'arbitrabilité dans les pays de Common Law .....	107
A. La notion de public policy en tant qu'obstacle relatif à l'arbitrage .....	108
1. En droit anglais.....	109
2. Aux États-Unis .....	111
B. Le concept d'arbitrabilité indifférent à l'absence de critère d'arbitrabilité .....	114
CHAPITRE II. LA DIVERSITÉ DES CRITÈRES D'ARBITRABILITÉ AU SEIN DES DROITS CIVILISTES .....	117
SECTION I. LA LIBRE DISPONIBILITÉ DES DROITS LITIGIEUX .....	118
Paragraphe 1. En droit français .....	120
A. La lecture classique de la libre disponibilité .....	121
B. La lecture modifiée de la libre disponibilité .....	122
1. La renonciation en tant qu'indicateur du caractère disponible d'un droit.....	123
2. La libre disponibilité en tant que critère autonome de l'arbitrabilité .....	124
a. La libre disponibilité en tant que critère in concreto de l'arbitrabilité .....	125
b. La libre disponibilité en tant que règle procédurale .....	126
Paragraphe 2. En droit polonais .....	128
A. L'autonomie partielle de la disponibilité des droits par rapport au principe dispositif .....	129
1. L'aliénabilité en tant que critère non révélateur de l'arbitrabilité .....	129
2. L'enracinement de la libre disponibilité dans le principe dispositif.....	131
B. La libre disponibilité en tant que critère indirecte de l'arbitrabilité .....	133
SECTION II. LA TRANSIGIBILITÉ .....	135
Paragraphe 1. Dans les législations appartenant à la famille des droits germaniques.....	135
A. L'évolution du concept de transigibilité.....	136
B. L'appréciation de la transigibilité en droit polonais.....	139

1. La « double ambiguïté » de l’art. 1157 du plCPC .....	139
2. La transigibilité en tant que règle abstraite d’arbitrabilité .....	142
Paragraphe 2. Dans les législations appartenant à la famille des droits romanistes .....	144
A. La transigibilité comme un critère d’arbitrabilité partiellement rejeté en droit belge .....	145
B. La transigibilité en tant que concept étranger à la technique de l’arbitrage en droit français .....	148
SECTION III. LA PATRIMONIALITÉ .....	150
Paragraphe 1. La règle matérielle comme critère autonome de l’arbitrabilité en droit suisse .....	151
Paragraphe 2. La patrimonialité accompagnée par la transigibilité en droit belge en tant que critère composite de l’arbitrabilité .....	155
<b>TITRE II LES CRITÈRES D’ARBITRABILITÉ À L’ÉPREUVE DE L’ARBITRAGE INTERNATIONAL .....</b>	<b>162</b>
<b>CHAPITRE I. LE CHEVAUCHEMENT DES CRITÈRES DE L’INTERNATIONALITÉ DE L’ARBITRAGE ET DE L’ARBITRABILITÉ DU LITIGE .....</b>	<b>163</b>
SECTION I. L’ARBITRABILITÉ DANS LES SYSTÈMES MONISTES .....	165
Paragraphe 1. La logique territorialiste dans les systèmes monistes classiques – l’exemple du droit polonais .....	167
Paragraphe 2. L’internationalisation de l’arbitrabilité dans les systèmes monistes « intermédiaires » .....	171
A. En droit espagnol .....	172
B. En droit italien .....	176
SECTION II. L’ARBITRABILITÉ DANS LES SYSTÈMES DUALISTES .....	178
Paragraphe 1. La logique universaliste dans les systèmes dualistes « fermés » – l’exemple du droit français .....	180
A. Vers un développement des règles matérielles de l’arbitrage en matière internationale .....	182
B. De l’indisponibilité du caractère international du litige au parallélisme croissant entre l’arbitrage interne et international .....	186
Paragraphe 2. Le pragmatisme des systèmes dualistes « ouverts » – l’exemple du droit suisse .....	189
A. Les sources aux origines du dualisme de réglementation de l’arbitrage .....	189
B. De la disponibilité du caractère international du litige à la disponibilité du critère d’arbitrabilité .....	192
<b>CHAPITRE II. LES CRITÈRES TRANSNATIONAUX D’ARBITRABILITÉ .....</b>	<b>197</b>
SECTION I. L’ABSENCE DE CRITÈRE UNIFORME .....	197
Paragraphe 1. Le silence des textes à l’échelle internationale .....	198
Paragraphe 2. Le silence du droit de l’Union européenne .....	201
Section II. LA RECHERCHE D’UN CRITÈRE TRANSNATIONAL .....	203

Paragraphe 1. La réflexion sur l'approche transnationale à l'arbitrabilité .....	204
A. La portée et la signification de la théorie autonome de l'arbitrage .....	205
B. Les convergences et les divergences des règles d'arbitrabilité .....	207
Paragraphe 2. Les modèles théoriques à la recherche d'un critère fonctionnel d'arbitrabilité.....	212
A. Le modèle de présomption d'arbitrabilité de N. Bakić .....	212
B. Le modèle du contrôle de l'arbitrage par les États de C. A. Arrue Montenegro .....	213
C. L'appréciation des modèles théoriques .....	215
<b>PARTIE II. LA MISE EN ŒUVRE DU CONCEPT D'ARBITRABILITÉ .....</b>	<b>221</b>
<b>TITRE I LES LIMITES TRADITIONNELLES DE L'ARBITRABILITÉ .....</b>	<b>222</b>
<b>CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS – L'EXEMPLE DES LITIGES PORTANT SUR LA NULLITÉ DES DÉCISIONS SOCIALES.....</b>	<b>223</b>
<b>SECTION I. LES LIMITES RELATIVES AU CRITÈRE D'ARBITRABILITÉ .....</b>	<b>226</b>
Paragraphe 1. La nature du litige sociétaire .....	226
A. En droit polonais .....	227
1. L'évolution de la notion du litige à la lumière du critère d'arbitrabilité .....	227
2. Le caractère intransigible du litige .....	228
B. En droit français et belge .....	231
1. La licéité de la clause compromissoire .....	231
2. Les normes contraignantes .....	234
Paragraphe 2. La mise en œuvre du critère d'arbitrabilité.....	237
A. L'équilibrisme des solutions de lege lata en droit polonais .....	238
B. L'incohérence jurisprudentielle en droit italien .....	241
<b>SECTION II. L'ARBITRABILITÉ ÉTENDUE A L'ÉPREUVE DU CARACTÈRE CONTRACTUEL DE L'ARBITRAGE.....</b>	<b>245</b>
Paragraphe 1. Le caractère multipartite du litige .....	246
A. L'effet relatif de la sentence arbitrale en droit allemand et polonais .....	246
B. La vision élargie de l'opposabilité des sentences arbitrales en droit français .....	249
Paragraphe 2. Les solutions envisageables.....	251
A. L'arbitrabilité conditionnelle .....	252
1. En droit allemand.....	252
2. En droits russe et polonais.....	253
B. L'opposition à la sentence arbitrale en droit français et belge .....	255
<b>CHAPITRE II. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – L'EXEMPLE DES LITIGES PORTANT SUR LA NULLITÉ DES BREVETS .....</b>	<b>257</b>
<b>SECTION I. LES LIMITES RELATIVES À LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE.....</b>	<b>259</b>
Paragraphe 1. En droit de l'arbitrage interne .....	260
A. L'exploitation forcée des titres.....	260
B. L'exploitation volontaire des titres .....	262

1. En droit polonais.....	263
2. En droit français .....	268
Paragraphe 2. En droit de l'arbitrage international .....	271
A. La coïncidence du forum et de la lex .....	272
B. L'impact du forum protectionis .....	274
SECTION II. L' ARBITRABILITÉ ÉTENDUE À L'ÉPREUVE DE L'EFFET INTER PARTES .....	277
Paragraphe 1. Les solutions jurisprudentielles partielles en droit français .....	277
A. La jurisprudence Liv Hidravlika.....	277
B. La jurisprudence Victocor Technologies .....	279
Paragraphe 2. Vers l'arbitrabilité reconnue en droit comparé .....	281
A. Les solutions doctrinales en droit français .....	281
B. Les solutions législatives en droit comparé .....	283
1. En droit suisse .....	283
2. En droit belge .....	284
TITRE II LES NOUVELLES PERSPECTIVES DE L'ARBITRABILITÉ .....	288
CHAPITRE I. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA CONSOMMATION ET EN DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES .....	289
SECTION I. EN DROIT DE LA CONSOMMATION .....	290
Paragraphe 1. L'arbitrabilité en matière de consommation .....	291
A. La disponibilité du litige.....	291
B. Le décalage entre la protection du consommateur et le libéralisme de l'arbitrage en matière de consommation .....	295
1. En droit polonais.....	296
2. En droit français .....	299
a. En matière interne .....	299
b. En matière internationale .....	302
Paragraphe 2. L'adaptation des standards de protection de la partie faible à l'arbitrage .....	305
A. En droit polonais .....	306
B. En droit français .....	310
SECTION II. EN DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES .....	314
Paragraphe 1. L'arbitrabilité en matière de faillite .....	316
Paragraphe 2. La rencontre de la procédure arbitrale et de la procédure de l'insolvabilité à l'épreuve de l'efficacité de la convention d'arbitrage .....	321
A. La confrontation maîtrisée des procédures en droit polonais .....	323
1. L'appréciation des solutions polonaises en matière de faillite interne .....	323
2. L'appréciation des solutions polonaises en matière de faillite internationale .....	325
B. Le respect réciproque des procédures en droit français .....	329
1. Entre l'intégration et l'autonomie des procédures .....	329
2. L'impécuniosité de la partie à l'arbitrage .....	331
CHAPITRE II. L'ARBITRABILITÉ EN DROIT DE LA FAMILLE .....	333

SECTION I. EN DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE .....	335
Paragraphe 1. L'arbitrabilité des litiges patrimoniaux .....	335
A. En droit polonais .....	335
B. En droit français .....	339
Paragraphe 2. L'exemple de la matière successorale .....	342
A. L'arbitrabilité des litiges successoraux .....	343
1. En droit polonais .....	343
2. En droit français .....	344
B. L'essor du consentement à l'arbitrage dans le testament .....	347
1. En droit comparé .....	347
2. En droit de l'Union européenne .....	351
SECTION II. EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE .....	353
Paragraphe 1. La prépondérance de la médiation par rapport à l'arbitrage en droit polonais .....	354
Paragraphe 2. L'évolution multifactorielle du droit français de la famille .....	357
A. La remise en question du caractère inapproprié de l'arbitrage en tant que mode de résolution des litiges extrapatrimoniaux .....	358
B. La déjudiciarisation en droit de la famille – vers l'ouverture à l'arbitrage ? .....	361
Conclusion .....	367
Bibliographie .....	373
TABLE DES MATIÈRES .....	415
Résumé (pl) . Streszczenie w języku polskim .....	421

## **Résumé (*pl*) . Streszczenie w języku polskim**

---

**Zdatność arbitrażowa sporów w prawie prywatnym – perspektywa prawnoporównawcza**

## Skrócony spis treści

### Wstęp

#### **Rozdział wstępny. Ewolucja pojęcia zdatności arbitrażowej – perspektywa historyczna**

Sekcja wprowadzająca: Refleksje na temat zdatności arbitrażowej w świetle dwojakiej natury arbitrażu

Sekcja 1. Kontraktowe podstawy arbitrażu

Sekcja 2. Jurysdykcyjne podstawy arbitrażu

Sekcja 3. Mieszany charakter arbitrażu

### Część I - Pojęcie zdatności arbitrażowej

#### TYTUŁ I. TRADYCYJNE KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ W KRAJOWYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

##### **Rozdział I. Zdatność arbitrażowa a porządek publiczny**

Sekcja 1. Pojęcie porządku publicznego

Sekcja 2. Zastosowanie pojęcia porządku publicznego w porządkach prawnych i jego konsekwencje dla pojęcia zdatności arbitrażowej

##### **Rozdział II. Różnorodność kryteriów zdatności arbitrażowej w porządkach prawnych systemu kontynentalnego**

Sekcja 1. Dysponowanie przedmiotem sporu

Sekcja 2. Zdatność ugodowa

Sekcja 3. Majątkowy charakter sporu

#### TYTUŁ II. KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ A ARBITRAŻ MIĘDZYNARODOWY

##### **Rozdział I. Nakładanie się kryterium charakteru międzynarodowego i zdatności arbitrażowej sporu**

Sekcja 1. Zdatność arbitrażowa w modelach monistycznej regulacji arbitrażu

Sekcja 2. Zdatność arbitrażowa w modelach dualistycznej regulacji arbitrażu

##### **Rozdział II. Ponadnarodowe kryteria zdatności arbitrażowej**

Sekcja 1. Brak jednolitego kryterium zdatności arbitrażowej

Sekcja 2. W poszukiwaniu kryterium ponadnarodowego

### Część II - Zastosowanie pojęcia zdatności arbitrażowej w praktyce

#### TYTUŁ I. TRADYCYJNE OGRANICZENIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ

##### **Rozdział I. Zdatność arbitrażowa w prawie spółek - przykład sporów dotyczących unieważnienia uchwał organów spółek kapitałowych**

Sekcja 1. Ograniczenia wynikające z kryterium zdatności arbitrażowej

Sekcja 2. Zakres zdatności arbitrażowej w świetle kontraktowej natury arbitrażu

##### **Rozdział II. Zdatność arbitrażowa w prawie własności intelektualnej – przykład sporów o unieważnienie patentu**

Sekcja 1. Granice kompetencji wyłącznej

Sekcja 2. Zakres zdatności arbitrażowej a efekt *inter partes* wyroku arbitrażowego

#### TYTUŁ II. NOWE PERSPEKTYWY DLA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ

##### **Rozdział I. Zdatność arbitrażowa w prawie konsumenckim i w prawie upadłościowym**

Sekcja 1. W prawie konsumenckim

Sekcja 2. W prawie upadłościowym

##### **Rozdział II. Zdatność arbitrażowa w prawie rodzinnym**

Sekcja 1. W prawie rodzinnym majątkowym

Sekcja 2. W prawie rodzinnym niemajątkowym

### Wnioski



## SPIS TREŚCI

### Wstęp

#### I. *Favor arbitrandum*

#### II. Określenie przedmiotu pracy doktorskiej

##### a. Znaczenie tematyki

##### b. Metodologia

##### c. Hipotezy i plan badawczy

### Rozdział wstępny. Ewolucja pojęcia zdatności arbitrażowej – perspektywa historyczna

**Sekcja wprowadzająca:** Refleksje na temat zdatności arbitrażowej w świetle dwojakiej natury arbitrażu

#### Sekcja I: Kontraktowe podstawy arbitrażu

§1. Zakres kontraktowej teorii arbitrażu

§2. Znaczenie teorii kontraktowej arbitrażu dla rozwoju zjawiska *favor arbitrandum*

A. Ewolucja umowy arbitrażowej w ustawodawstwach systemu kontynentalnego

B. Ewolucja umowy arbitrażowej w ustawodawstwach systemu Common Law

#### Sekcja II: Jurysdykcyjne podstawy arbitrażu

§1. Zakres jurysdykcyjnej teorii arbitrażu

§2. Znaczenie teorii jurysdykcyjnej dla rozwoju koncepcji zjawiska *favor arbitrandum*.

A. Jurysdykcja wyłączna jako kryterium zdatności arbitrażowej?

B. Jurysdykcja wyłączna jako kryterium nieautonomiczne zdatności arbitrażowej

1. W prawie francuskim

2. W prawie polskim

#### Sekcja III. Mieszany charakter arbitrażu

§1. Zakres mieszanej teorii arbitrażu

§2. Znaczenie teorii mieszanej dla rozwoju zjawiska *favor arbitrandum*

A. Źródła dwojakiej funkcji zdatności arbitrażowej

B. Prawo właściwe dla zdatności arbitrażowej

### Część I - Pojęcie zdatności arbitrażowej

TYTUŁ I: TRADYCYJNE KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ W KRAJOWYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

### Rozdział I. Zdatość arbitrażowa a porządek publiczny

#### Sekcja 1. Pojęcie porządku publicznego

§1. Różnorodność pojęcia porządku publicznego

A. Typologia według przedmiotu normy prawnej

B. Typologia według natury normy prawnej

§2 Redukcja znaczenia porządku publicznego w arbitrażu

A. Rozszerzenie jurysdykcji arbitra na „sferę” *ordre public*

B. Rozluźnienie relacji między porządkiem publicznym a zdatnością arbitrażową

#### Sekcja 2 Zastosowanie pojęcia porządku publicznego w porządkach prawnych i jego

## **konsekwencje dla pojęcia zdatności arbitrażowej**

§1. Ujęcia zdatności arbitrażowej w ustawodawstwach systemu kontynentalnego

A. Porządek publiczny jako dyskusyjne kryterium zdatności arbitrażowej w prawie francuskim

B. Klauzula porządku publicznego a zdatność arbitrażowa w ustawodawstwach z kręgu tradycji praw „germańskich”

1. W prawie niemieckim

2. W prawie polskim

§ 2. Podejście do zdatności arbitrażowej w ustawodawstwach systemu Common Law

A. Pojęcie porządku publicznego jako względnej przeszkody dla zdatności arbitrażowej

1. W prawie angielskim

2. W prawie amerykańskim

B. Pojęcie zdatności arbitrażowej a brak kryterium poddania sporu pod arbitraż

## **Rozdział II. Różnorodność kryteriów zdatności arbitrażowej w porządkach prawnych systemu kontynentalnego**

### **Sekcja 1. Dysponowanie przedmiotem sporu**

§1. W prawie francuskim

A. Klasyczne ujęcie dysponowania przedmiotem sporu

B. Ewolucja podejścia do dysponowania przedmiotem sporu

1. Zrzeczenie się sporu a możliwość jego dysponowaniem

2. Dyspozycja sporem jako autonomiczne kryterium zdatności arbitrażowej

a. Dysponowanie przedmiotem sporu jako kryterium zdatności arbitrażowej *in concreto*

b. Dyspozycyjność jako zasada proceduralna

§2. W prawie polskim

A. Częściowa niezależność dysponowania przedmiotem sporu od zasady dyspozycyjności

1. Zbywalność praw jako nieściśle kryterium zdatności arbitrażowej

2. Zakorzenie dysponowania sporem w zasadzie dyspozycyjności

B. Dyspozycja sporem jako pośrednie kryterium zdatności arbitrażowej

### **Sekcja 2. Zdatność ugodowa**

§1. W ustawodawstwach z kręgu rodziny praw germańskich

A. Ewolucja pojęcia zdatności ugodowej

B. Ocena zdatności ugodowej w prawie polskim

1. „Podwójna niejasność” przepisu 1157 KPC

2. Zdatność ugodowa jako abstrakcyjna zasada zdatności arbitrażowej

§2. W ustawodawstwach z kręgu rodziny praw romańskich

A. Zdatność ugodowa jako kryterium zdatności arbitrażowej częściowo odrzucone przez prawo belgijskie

B. Zdatność ugodowa jako pojęcie obce instytucji arbitrażu w prawie francuskim

### **Sekcja 3. Majątkowy charakter sporu**

§1. Kryterium materialne jako autonomiczne kryterium zdatności arbitrażowej w prawie szwajcarskim

§2. Majątkowy charakter sporu i zdatność ugodowa jako złożone kryterium zdatności arbitrażowej w prawie belgijskim

## **TYTUŁ II. KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ A ARBITRAŻ MIĘDZYNARODOWY**

## **Rozdział I. Nakładanie się kryterium charakteru międzynarodowego i zdolności arbitrażowej sporu**

### **Sekcja 1. Zdolność arbitrażowa w modelach monistycznej regulacji arbitrażu**

- §1. Terytorializm w klasycznych modelach monistycznych - przykład prawa polskiego
- §2. Internacjonalizacja trendów proarbitrażowych w „pośrednich” modelach monistycznych
  - A. W prawie hiszpańskim
  - B. W prawie włoskim

### **Sekcja 2. Zdolność arbitrażowa w modelach dualistycznej regulacji arbitrażu**

- §1. Logika uniwersalistyczna w „zamkniętych” modelach dualistycznych - przykład prawa francuskiego
  - A. Poszukiwanie zasad materialnych arbitrażu międzynarodowego
  - B. Niemożność dysponowania charakterem międzynarodowym sporu a równoległość arbitrażu krajowego i międzynarodowego
- §2. Pragmatyzm „otwartych” modeli dualistycznych - przykład prawa szwajcarskiego
  - A. Źródła dualistycznej regulacji arbitrażu
  - B. Dyspozycja charakterem międzynarodowym sporu a dyspozycja kryterium zdolności arbitrażowej

## **Rozdział II. Ponadnarodowe kryteria zdolności arbitrażowej**

### **Sekcja 1. Brak jednolitego kryterium zdolności arbitrażowej**

- §1. W prawie międzynarodowym
- §2. W prawie Unii europejskiej

### **Sekcja 2. W poszukiwaniu kryterium ponadnarodowego**

- §1. Refleksja nad transnarodowym podejściem do zdolności arbitrażowej
  - A. Zakres i znaczenie autonomicznej teorii arbitrażu
  - B. Konwergencja i dywergencja kryteriów zdolności arbitrażowej
- §2. Modele teoretyczne a funkcjonalne kryterium zdolności arbitrażowej
  - A. Model domniemania zdolności arbitrażowej N. Bakic
  - B. Model kontroli arbitrażu przez państwa C. Arrue Montenegro
  - C. Ocena modeli teoretycznych

## **Część II - Zastosowanie pojęcia zdolności arbitrażowej w praktyce**

### **TYTUŁ I. TRADYCYJNE OGRANICZENIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ**

## **Rozdział I. Zdolność arbitrażowa w prawie spółek - przykład sporów dotyczących unieważnienia uchwał organów spółek kapitałowych**

### **Sekcja 1. Ograniczenia wynikające z kryterium zdolności arbitrażowej**

- §1. Charakter sporu korporacyjnego
  - A. W prawie polskim
    - 1. Ewolucja pojęcia sporu w świetle kryterium zdolności arbitrażowej
    - 2. Niezdolność ugodowa sporu
  - B. W prawie francuskim i belgijskim

1. Dopuszczalność klauzuli arbitrażowej
2. Normy bezwzględnie obowiązujące
- §2. Zastosowanie kryterium zdatności arbitrażowej
  - A. Ekwilibrystyka rozwiązań *de lege lata* w polskim prawie
  - B. Niejasności orzecznictwa w prawie włoskim

## **Sekcja 2. Zakres zdatności arbitrażowej w świetle kontraktowej natury arbitrażu**

- §1. Wielostronny charakter sporu
  - A. Relatywny skutek orzeczenia arbitrażowego w prawie niemieckim i polskim
  - B. „Rozszerzona prawomocność” wyroku arbitrażowego w prawie francuskim
- §2. Możliwe rozwiązania
  - A. Warunkowa zdatność arbitrażowa
    1. W prawie niemieckim
    2. W prawie rosyjskim i polskim
  - B. „Opozycja osoby trzeciej” w prawie francuskim i belgijskim

## **Rozdział II. Zdadność arbitrażowa w prawie własności intelektualnej – przykład sporów o unieważnienie patentu**

### **Sekcja 1. Granice kompetencji wyłącznej**

- §1. W krajowym prawie arbitrażowym
  - A. Charakter przymusowy praw własności intelektualnej
  - B. Charakter nieprzymusowy praw własności intelektualnej
    1. W prawie polskim
    2. W prawie francuskim
- §2. W międzynarodowym prawie arbitrażowym
  - A. Zbieżność *forum* i prawa właściwego
  - B. *Forum protectionis* a zdadność arbitrażowa

### **Sekcja 2. Zakres zdadności arbitrażowej a efekt *inter partes* wyroku arbitrażowego**

- §1. Połowiczne rozwiązania w orzecznictwie francuskim
  - A. Orzeczenie *Liv Hidravlika*
  - B. Orzeczenie *Victocor Technologies*
- §2. Dopuszczalność zdadności arbitrażowej w perspektywie prawnoporównawczej
  - A. Rozwiązania doktrynalne w prawie francuskim
  - B. Rozwiązania legislacyjne w perspektywie prawnoporównawczej
    1. W prawie szwajcarskim
    2. W prawie belgijskim

## **TYTUŁ II. NOWE PERSPEKTYWY DLA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ**

### **Rozdział I. Zdadność arbitrażowa w prawie konsumenckim i w prawie upadłościowym**

#### **Sekcja 1. W prawie konsumenckim**

- § 1. Zdadność arbitrażowa sporów konsumenckich
  - A. Dysponowanie przedmiotem sporu
  - B. Rozdźwięk między ochroną konsumenta a liberalizmem arbitrażu
    1. W prawie polskim
    2. W prawie francuskim
      - a. W arbitrażu krajowym

b. W arbitrażu międzynarodowym

§2. Redefinicja standardów ochrony słabszej strony kontraktu w arbitrażu

A. W prawie polskim

B. W prawie francuskim

## **Sekcja 2. W prawie upadłościowym**

§1. Zdatność arbitrażowa sporów upadłościowych

§2. Styk procedury arbitrażowej i procedury upadłościowej a skuteczność zapisu na sąd polubowny

A. Konfrontacja procedur w prawie polskim

1. Ocena rozwiązań prawa polskiego a upadłość krajowa

2. Ocena rozwiązań prawa polskiego a upadłość międzynarodowa

B. Koordynacja procedur w prawie francuskim

1. Integracja a autonomia procedur

2. Niewypłacalność strony arbitrażu

## **Rozdział. II. Zdatność arbitrażowa w prawie rodzinnym**

### **Sekcja 1. W prawie rodzinnym majątkowym**

§1. Zdatność arbitrażowa sporów majątkowych

A. W prawie polskim

B. W prawie francuskim

§ 2. Przykład prawa spadkowego

A. Zdatność arbitrażowa sporów spadkowych

1. W prawie polskim

2. W prawie francuskim

B. Zapis na sąd polubowny w testamencie

1. W perspektywie prawnoporównawczej

2. W prawie Unii europejskiej

### **Sekcja 2. W prawie rodzinnym niemajątkowym**

§1. Przewaga mediacji nad arbitrażem w prawie polskim

§2. Wieloczynnikowa ewolucja francuskiego prawa rodzinnego

A. Poddanie w wątpliwość nieprzydatności arbitrażu jako sposobu rozstrzygania sporów niemajątkowych

B. Dejurydyzacja w prawie rodzinnym – krok w stronę arbitrażu?

## **Wnioski**

## Wstęp

### I.

Rozwój alternatywnych metod rozstrzygania sporów (tzw. ADR), w tym również arbitrażu handlowego, rodzi konieczność efektywnego uregulowania w prawie jednego z jego konstytutywnych elementów – zdatności arbitrażowej. Określa ona zakres spraw rozstrzygalnych polubownie, a jednocześnie stanowi przesłankę stwierdzenia nieważności zapisu na sąd polubowny i ogranicza wolę stron przez wyłączenie pewnych sporów z zakresu kognicji sądu arbitrażowego. Tak określona przedmiotowa zdatność sporu do poddania go pod rozstrzygnięcie sądu polubownego odgrywa istotną rolę w obrocie handlowym, wskazując zakres praktycznej przydatności arbitrażu, w szczególności wśród aktywnych na płaszczyźnie krajowej i międzynarodowej podmiotów gospodarczych.

Z uwagi na współczesną specyfikę obrotu gospodarczego, jak również w świetle analiz prawnoporównawczych, wyróżnić można tendencję do liberalizacji ograniczeń zdatności arbitrażowej na gruncie licznych porządków prawnych. Zjawisko to wydaje się w dużej mierze wymuszać praktyka międzynarodowego arbitrażu handlowego. Uwidocznia się ono przede wszystkim w ujednolicaniu unormowań arbitrażowych, redukcji ograniczeń zdatności arbitrażowej sporów oraz przedmiotowym rozszerzaniu jej zakresu.

Analiza porównawcza zagranicznych regulacji dotyczących zdatności arbitrażowej, które to narzędzie badawcze wydaje się w świetle aktualnych poglądów doktryny adekwatne przy rozważaniu omawianej kwestii, jest wciąż aktualna dla oceny polskiego unormowania zdatności arbitrażowej. Kwestia ta jest tym bardziej interesująca, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że reforma KPC z 2005 roku miała na celu doprecyzowanie zdatności arbitrażowej sporów oraz dostosowanie polskiej regulacji do uznanych wówczas za nowoczesne modeli, przyjętych w ustawodawstwach europejskich. W powyższym kontekście, zarówno teoretycy, jak i praktycy przedmiotu podjęli liczne próby odpowiedzi na pytanie, czy zamierzenie to zostało osiągnięte. Wspomniana kwestia budziła przez lata liczne wątpliwości i skłaniała do dalszych poszukiwań efektywnych rozwiązań legislacyjnych. Reforma w tym zakresie nastąpiła dopiero przy okazji nowelizacji KPC w 2019 r.

Niniejsza praca powstała zasadniczo przed wspomnianą reformą. Przeprowadzony wywód, wzbogacony o odniesienia do tej nowelizacji, pozostaje jednak aktualny w świetle badań prawnoporównawczych, a proponowane w nim postulaty legislacyjne, okazują się trafne.

W 2005 r. polski ustawodawca, ustalając zakres sporów mogących stanowić przedmiot rozstrzygnięcia arbitrażowego, zdecydował się na wprowadzenie w art. 1157 KPC kryterium zdatności ugodowej, bazując na kryteriach pochodzących z germańskiej tradycji prawnej oraz restrykcyjnie wyznaczając zakres sporów majątkowych, które mogą być rozwiązane w drodze arbitrażu. Decyzja ta budziła wątpliwości w polskiej doktrynie prawnej, nie tylko z uwagi na „wyostrzenie” przejętego z innych porządków prawnych wzorca, lecz także z powodu niezrealizowanego postulatu redefinicji tego wyznacznika na potrzeby arbitrażu.

Jednakże w ostatecznej wersji art. 1157 KPC uzyskał brzmienie: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego spory o prawa majątkowe lub spory o prawa niemajątkowe – mogące być przedmiotem ugody sądowej, z wyjątkiem sporów o alimenty”. Taka konstrukcja przepisu obudziła dyskusje teoretyczne oraz debaty poparte wątpliwościami natury praktycznej. Poddały one w wątpliwość jednoznaczność niedookreślonego pojęcia zdatności ugodowej, jak również podważyły możliwość jego zastosowania zarówno do praw majątkowych, jak i niemajątkowych, dzieląc przedstawicieli doktryny na „bardziej” i „mniej” liberalnych. Jednakże analiza procesu legislacyjnego, zapisów dźwiękowych posiedzeń podkomisji sejmowej oraz wypowiedzi interpretujących powyższy przepis wśród jej uczestników przemawiają – w świetle wykładni historycznej – za zastosowaniem kryterium zdatności ugodowej również w przypadku sporów o prawa majątkowe.

Zastosowanie przez polskiego legislatora kryterium zdatności ugodowej w formie, od której odchodziło się już od dawna w innych porządkach prawnych, jest tym bardziej niezrozumiałe, że historyczny rozwój formuły zdatności arbitrażowej w prawie polskim, jak i jego analiza funkcjonalna, sugerują podobieństwo stosowanych niegdyś w Polsce wyznaczników do

kryteriów występujących w prawach wywodzących się z kultury romańskiej i wydających się lepiej współgrać z naturą instytucji arbitrażu<sup>1352</sup>.

Reforma postępowania cywilnego, które weszła w życie we wrześniu 2019 wprowadziła istotne zmiany w regulacji zdatności arbitrażowej. W obecnym brzmieniu, art. 1157 KPC przewiduje: „Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, strony mogą poddać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego: 1) spory o prawa majątkowe, z wyjątkiem spraw o alimenty; 2) spory o prawa niemajątkowe, jeżeli mogą one być przedmiotem ugody sądowej.”

## II.

Z uwagi na powyższe rozważania oraz na fakt, że wciąż niemożliwe jest wypracowanie spójnego rozwiązania problemu zdatności arbitrażowej na płaszczyźnie międzynarodowej, niniejsza praca ma na celu prawnoporównawcze zestawienie i przeanalizowanie poszczególnych modeli aktualnie istniejących regulacji zdatności arbitrażowej w dwóch tradycjach prawnych systemu kontynentalnego: germańskiej i romańskiej oraz w tradycji anglo-amerykańskiej w zakresie *Common Law*. W doktrynie porównawczej międzynarodowego prawa arbitrażowego dominuje przekonanie, że najszerszy zakres zdatności arbitrażowej przewidują ustawodawstwa krajowe, w których podkreślana jest wola stron jako warunku *sine qua non* postępowania arbitrażowego i które stosują dualistyczny system regulacji arbitrażowej, odrębne ustawy normujące arbitraż międzynarodowy wywierają bowiem liberalizujący wpływ na regulację arbitrażu krajowego. Zastosowanie konkretne kryterium ograniczania zdatności arbitrażowej wpływa natomiast pośrednio na liberalizm regulacji, precyzując zakres proponowanych obostrzeń ustawowych w prawie arbitrażowym.

Analizie badawczej poddano zatem następującą hipotezę:

**Hipoteza 1: Polska regulacja zdatności arbitrażowej oparta na modelu zdatności ugodowej, rozpowszechnionym niegdyś w prawach „germańskich”, nie spełniła swej roli jako wyznacznik**

---

<sup>1352</sup> Niniejszy problem został również przedstawiony w następujących opracowaniach: L. Sokołowska, „Regulacja prawna zdatności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na gruncie europejskich tradycji prawnych. Inspiracje dla polskiego prawa arbitrażowego”, *PWPM*, vol. X, 2012, ss. 151-159; L. Sokołowska, „Prawnoporównawcze ujęcie problematyki swobodnej rozporządzalności prawami jako kryterium zdatności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na przykładzie regulacji francuskich w odniesieniu do polskich przepisów prawa arbitrażowego”, *Gentes et Nationes*, vol. 7, 2013, ss. 121 – 129.



**zakresu sporów podlegających rozstrzygnięciom arbitrażowym. W świetle postulatów podniesienia ekonomicznej użyteczności i popularności arbitrażu handlowego, kryterium zdatności arbitrażowej oparte na zdatności ugodowej wydaje się mniej efektywne niż kryterium nieograniczonej zdatności arbitrażowej sporów o charakterze majątkowym.**

Celem niniejszych badań jest zatem próba odpowiedzi na pytanie o optymalną formę i zakres zdatności arbitrażowej w arbitrażu handlowym, która jednocześnie nie powodowałaby niepewności prawnej oraz mogłaby sprostać wymogom, nie tylko arbitrażu krajowego, lecz również i międzynarodowego. W tym zakresie stanowisko zajęła już komisja UNCITRAL, określając potrzebę harmonizacji zakresu zdatności arbitrażowej jako jeden z priorytetów swoich prac. Biorąc, zatem, pod uwagę różnorodność koncepcji zdatności arbitrażowej w różnych porządkach prawnych oraz aktualne zjawiska opisywane w literaturze, należy zwrócić uwagę na rozwijające się w doktrynie pojęcia zdatności „ponadnarodowej” („transnarodowej”). Analizie badawczej poddano zatem kolejną hipotezę:

**Hipoteza 2: W wyniku procesu liberalizacji prawa arbitrażowego w porządkach prawnych o długiej tradycji, rozwinęła się koncepcja „ponadnarodowej” zdatności arbitrażowej. Jako ostateczny efekt „harmonizacji” regulacji arbitrażowych, zasługuje ona na doprecyzowanie w kręgu praw kontynentalnych.**

W końcu, wbrew radykalnym głosom w literaturze międzynarodowej, idących dalej jeszcze, aniżeli powyższe hipotezy i postulujących nie tyle domniemanie zdatności, lecz wręcz całkowity zanik zjawiska braku zdatności arbitrażowej, godne podkreślenia wydają się w następnej kolejności konsekwencje tendencji legislacyjnych i doktrynalnych, działających *in favorem arbitrandum*. Nie tylko ogólnikowość kryteriów normatywnych zdatności arbitrażowej może być bowiem przyczyną niepewności prawnej. Liberalizacja podejścia ustawodawców do zakresu sporów nadających się do rozstrzygnięcia przez sądownictwo polubowne wyrażnie uwidacznia istnienie dziedzin „wrażliwych” obrotu gospodarczo-prawnego, objętych wyłączną jurysdykcją sądów państwowych (np. prawo własności intelektualnej) lub kładących szczególny nacisk na prawa osób trzecich (np. prawo spółek), co również prowadzi do podobnego rodzaju niepewności. Granica pomiędzy tym, co już zdatne, a tym, co tradycyjnie wciąż wyłączone z arbitrażu, wydaje się bowiem płynna i niejednoznaczna. Poruszane w literaturze, kontrowersyjne kwestie znaczenia zdatności arbitrażowej dla mocy orzeczeń sądów polubownych, wychodzenie poza kontraktowe ograniczenia zapisu na sąd polubowny oraz rozszerzanie mocy orzeczenia arbitrażowego o skutek *erga omnes* rodzą pytania o naturę

współczesnych granic arbitrażu i wydają się wskazywać na potrzebę ich przeanalizowania. Rozważania te powinny być przeprowadzone nie tylko pod kątem zmniejszających wyraźnie swą rolę limitów sfery *ordre public*, charakterystyki sporów z zakresu praw majątkowo-niemajątkowych oraz z „pogranicza” obszaru prywatno- i publicznoprawnego, potrzeby zachowania poufności postępowania, lecz także w odniesieniu do obszaru stosowania norm bezwzględnie obowiązujących oraz szeroko pojętych standardów prawa międzynarodowego. Analizie badawczej poddano zatem trzecią hipotezę:

**Hipoteza 3: Liberalizacja zakresu zdatności arbitrażowej rodzi niepewność prawną oraz uwidacznia potrzebę redefinicji jej granic, zgodnie z wymogami aktualnego obrotu prawnogospodarczego.**

### III.

Potrzeba wspomnianych analiz nie wydaje się wątpliwa na gruncie prawa polskiego, badane pojęcie jest bowiem, w kontraście do bogatych opracowań tematu w „zachodniej” i międzynarodowej literaturze przedmiotu, o wiele rzadziej przedmiotem uwagi. Przedstawione w niniejszej pracy modele kształtowania zdatności arbitrażowej mają stanowić zatem, nie tylko punkt wyjścia dla krytycznej oceny polskich regulacji w kontekście rewizji rodzimego prawa arbitrażowego, lecz również podkreślić nowe kierunki potencjalnych analiz zdatności arbitrażowej.

Niniejsze opracowanie sięga głównie po metody badań prawnoporównawczych (z uwzględnieniem metody historycznej) jako efektywnego narzędzia opisu i porównania odrębnych systemów prawnych w celu uogólnienia płynących z nich wniosków. Metody te operują na źródłach prawa – aktach prawnych, orzecznictwie i doktrynie. W celu właściwego uwzględnienia socjoekonomicznych wskaźników popularności instytucji arbitrażowych wzięto również pod uwagę dane statystyczne.

W zakresie komparatystycznego ujęcia zdatności arbitrażowej, niniejsza praca przyjmuje klasyfikację Zweigerta i Kötz, obejmującą tzw. *Rechtskreise*<sup>1353</sup>. Autorzy ci podkreślają

---

<sup>1353</sup> Niniejszy paragraf został częściowo oparty na artykule o tej samej tematyce i na cytowanej w nim literaturze, L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdatności arbitrażowej w prawie polskim z perspektywy prawnoporównawczej”, *ADR*, 1 (45), 2019, ss. 57-65.

problemy związane z typologią systemów w Europie kontynentalnej i polemizują z założeniami teorii jednolitej rodziny praw rromańsko-germańskich. Zweigert i Kötz proponują rozłączne pojmowanie rodziny praw germańskich (w szczególności ustawodawstwa w Niemczech, Austrii i Szwajcarii) oraz rodziny praw rromańskich (zwłaszcza ustawodawstwa we Francji i krajach, które przyjęły francuski kodeks cywilny, takie jak Hiszpania, Portugalia i Republika Południowej Afryki). Biorąc pod uwagę, że, o ile jednolita koncepcja rodziny praw rromańsko-germańskich wydaje się uzasadniona w przypadku ogólnej analizy systemu praw kontynentalnych w porównaniu z systemem *Common Law*, tego typu podejście stanowi jednak uproszczenie, gdy chodzi o szczegółową analizę metodologii i zastosowania terminów prawnych w grupie praw rromańskich i germańskich, wynikających tak z przyjęcia francuskiego kodeksu cywilnego i jego logiki „politycznej”, jak i z kodyfikacji zasad prawnych w legislacjach germańskich, będących pod wpływem pozytywizmu prawniczego.

Z uwagi na polsko-francuski profil analizy porównawczej w niniejszej pracy, należy mieć na uwadze różnorodność koncepcji prawnych w rodzinie praw rromańsko-germańskich. Ujawnia się ona, w odniesieniu do niniejszych badań, już na poziomie podstawowych pojęć, jak w szczególności pojęcia porządku publicznego, stanowiącego w pewnym zakresie zrąb pojęcia zdatności arbitrażowej. Nieuwzględnienie tak pojętej różnorodności czyniłoby niemożliwym przeprowadzenie analizy porównawczej dotyczącej zdatności arbitrażowej w prawie polskim i francuskim oraz przedstawienie pogłębionych wniosków prawnoporównawczych.

## **Rozdział wstępny. Ewolucja pojęcia zdolności arbitrażowej – perspektywa historyczna**

### *Sekcja wstępna. Refleksje na temat zdolności arbitrażowej w świetle dwojakiej natury arbitrażu*

Rozważania dotyczące rozwoju zdolności arbitrażowej w kontekście liberalizacji arbitrażu rozpoczęto, posiłkując się interpretacją historyczną z wykorzystaniem teorii arbitrażu – kontraktowej, jurysdykcyjnej i mieszanej jako wyznaczników relacji interesu publicznego do zaufania, jakim obdarza się instytucję arbitrażu. Uznano, że założenia teorii arbitrażu, chronologicznie po sobie następujących, odzwierciedlają ewolucję podejścia do instytucji arbitrażu w kontekście jego liberalizacji, a „wysycenie” dyskursu o arbitrażu w danym porządku prawnym elementami kontraktowymi lub jurysdykcyjnymi będzie, w sensie ogólnym, wpływać na zakres zdolności arbitrażowej.

Jako pierwsze zweryfikowano założenie o dwojakiej naturze arbitrażu – kontraktowej i adjudykacyjnej (jurysdykcyjnej). We wskazanym kontekście terminy „kontraktowy” i „jurysdykcyjny” nie powinny być jednak mylone z kontraktową i jurysdykcyjną teorią arbitrażu, te pierwsze oznaczają bowiem jedynie „arbitraż” o charakterze - odpowiednio nieadjudykacyjnym, prowadzony przez tzw. „arbitratorów”, oraz adjudykacyjnym, spełniający funkcje analogiczne do procesu sądowego i wiążący strony.

Możliwe jest rozróżnienie pięciu głównych podejść na tle różnych porządków prawnych. Pierwszy uznaje arbitraż jurysdykcyjny, kategorycznie odrzucając „arbitraż” nieadjudykacyjny, co jest wyraźnie potwierdzone przez prawodawcę. Takie stanowisko zostało przyjęte przez prawo hiszpańskie. Drugie podejście stanowi przeciwieństwo pierwszego, i dotyczy w szczególności niektórych porządków prawnych, które przyjęły prawo islamskie. Takie kraje nigdy nie znały arbitrażu jurysdykcyjnego, a ich prawo nie przewiduje szczególnych przepisów dotyczących arbitrażu. Stosowane są tylko przepisy prawa zobowiązań. W niektórych ustawodawstwach, w tym w Holandii i we Włoszech, prawo zezwala na „arbitraż” nieadjudykacyjny i daje obywatelom możliwość wyboru metody rozstrzygania sporów. W innych, takich jak Francja, Niemcy, Szwajcaria, Grecja i kraje *Common Law*, akceptuje się „arbitraż” nieadjudykacyjny, zachowując pewien dystans do tej instytucji. Możliwości skorzystania z arbitrażu ograniczają się do pewnej kategorii sporów sądowych. Tak jest również w polskim prawie. Istnieją również ustawodawstwa, które nie podejmują w ogóle tematyki „arbitrażu” nieadjudykacyjnego, ani w rozważaniach doktryny, ani w aktach prawnych.

Swoboda zawierania umów jest zatem warunkiem *sine qua non* istnienia alternatywnych metod rozstrzygania sporów. Stopień akceptacji nieadjudykacyjnych trybów rozwiązywania sporów różni się natomiast w poszczególnych porządkach prawnych. Zasadniczo nie ma on znaczącego wpływu na podejście ustawodawcy do instytucji arbitrażu adjudykacyjnego i zakresu zdatności arbitrażowej. Jednakże, jak pokazuje prawo holenderskie, istnieją wyjątki od tej reguły. Obecność tego typu metod rozstrzygania sporów, „pośrednich” między „arbitrażem” nieadjudykacyjnym i adjudykacyjnym, może, w dalszej perspektywie, motywować ustawodawcę do przyjęcia podejścia korzystnego dla zdatności arbitrażowej.

### *Sekcja 1. Kontraktowe podstawy arbitrażu*

Teoria kontraktowa wydaje się szczególnie interesująca w celu zidentyfikowania „pierwotnych” tendencji faworyzujących arbitraż. Z uwagi na kontraktową bazę arbitrażu, dla zwolenników jego autonomicznego charakteru wynikającego z wolnej woli stron, kontraktowa teoria arbitrażu jest jej czystą emanacją. Z jednej strony zatem, zgoda stron toruje drogę prywatnemu sposobowi rozstrzygania sporów i to ich wola warunkuje efekt takiego działania, kształtując zakres i zapewniając wykonanie umowy arbitrażowej. Z drugiej jednak strony, konsekwencje proceduralne wyroków uzyskanych tą drogą budzą wątpliwości, co jest słabym punktem omawianego podejścia. Wpływ teorii kontraktowej na rozwój koncepcji zdatności arbitrażowej i jej zakresu można jednakże analizować jedynie w czysto teoretycznym sensie, ponieważ teoria ta nigdy nie dorobiła się znaczącego uznania w doktrynie arbitrażu, która bardziej skupiała się na uzasadnieniu wykonalności orzeczeń arbitrażowych. Bez uprzedniego uwzględnienia zasady swobody zawierania umów jako rdzenia teorii kontraktowej, prowadzącego do zawarcia zapisu na sąd polubowny i będącego kluczowym czynnikiem w rozwoju arbitrażu, trudno byłoby jednak rozwinąć refleksję na temat zdatności arbitrażowej. W szczególności ewolucja instytucji klauzuli arbitrażowej jako narzędzia praktyki umownej, pokazuje proces, który musi zaistnieć, aby arbitraż znalazł się na ugruntowanej pozycji wśród innych metod rozstrzygania sporów. W dalszej perspektywie, proces ten wywiera wpływ na zakres zdatności arbitrażowej. Obserwacje w zakresie prawa porównawczego, pozwalają wyciągnąć wnioski dotyczące intensywności historycznego rozwoju pojęcia zdatności arbitrażowej w ramach porządków prawnych.

Ustawodawcy przyjęli zróżnicowane podejście do zapisu na sąd polubowny w ramach systemu prawa kontynentalnego. Analiza prawnoporównawcza podkreśla w tym kontekście różnice

między poszczególnymi porządkami prawnymi w zakresie otwarcia na arbitraż w pierwszej połowie XX wieku. Podczas gdy rozróżnienie między klauzulą arbitrażową a umową o arbitraż (kompromisem) zostało dokonane w legislacjach znajdujących się w kręgu tradycji praw romańskich, prawa pochodzenia germańskiego bardziej skupiły się na zapisie na sąd polubowny o zasięgu ogólnym. W tym zakresie prawo francuskie wyjątkowo surowo traktuje dopuszczalność klauzuli arbitrażowej. Od orzeczenia *Prunier* z 1843 r. zapis ten był całkowicie nieważny do 1925 r., kiedy to dopuszczono go jedynie w zakresie sporów handlowych. Od 2001 funkcjonował również w ramach obrotu profesjonalnego, a dopiero reforma z 2016 r. (wprowadzona ustawą „*Justice du XXI siècle*”) zakłada dopuszczalność klauzuli arbitrażowej, wynikającą głównie z dobrowolnego charakteru arbitrażu w kontekście swobody zawierania umów.

Problem ten jest natomiast odmiennie określony w prawie krajów systemu *Common Law*, szczególnie w prawie angielskim i amerykańskim. W tym sensie doktryna powołuje się na zakres klauzuli arbitrażowej jako kryterium zdatności arbitrażowej w szerokim znaczeniu tego słowa. Tym samym, pojęcie zdatności arbitrażowej jest szersze w anglosaskim porządku prawnym, niż w prawie kontynentalnym. Przez długi okres czasu nie oznaczało to bynajmniej postaw wyraźnie proarbitrażowych w prawie angielskim i amerykańskim. Sytuacja ta zaczęła ulegać zmianie w latach 20-tych XX w.

Pomimo faktu, że różnorodne podejścia ustawodawstw krajowych, dotyczące zapisu na sąd polubowny, znikają zasadniczo po podpisaniu Protokołu Genewskiego z 24 września 1923 r., który zobowiązywał państwa sygnatariuszy, takie jak Francja i Polska, do uznania ważności klauzuli arbitrażowej i kompromisu, nie można jednak wysunąć jednoznacznych wniosków o spójnej polityce proarbitrażowej w porządkach prawnych o głębszym zakorzenieniu w kontraktowym nurcie arbitrażu. Przykładem na to jest prawo francuskie, które, po początkowo dobrym przyjęciu założeń teorii kontraktowej, skutecznie „blokowało” dostęp do arbitrażu w zakresie zapisu na sąd polubowny w arbitrażu krajowym. Zakorzenienie w teorii kontraktowej nie przełożyło się również wprost na szybkie zaakceptowanie arbitrażu w krajach systemu *Common Law*. Paradoksalnie natomiast porządki prawne, takie jak polski i niemiecki, nie czyniąc głębszego rozróżnienia na klauzulę arbitrażową i kompromis, stosunkowo wcześniej wykazywały nastawienie sprzyjające arbitrażowi. Jest to jednak raczej efektem ich zakorzenienia w nurcie jurysdykcyjnym w zakresie, w jakim zmierza on do „legitymizacji” arbitrażu jako formy rozsądzania sporów.

## *Sekcja 2. Jurysdykcyjne podstawy arbitrażu*

W przeciwieństwie do teorii kontraktowej, teoria jurysdykcyjna traktuje arbitraż jako emanację wymiaru sprawiedliwości („szczególną formę jurysdykcji”), która czerpie swoje źródła głównie z jurysdykcji państwowej. Takie podejście poddaje arbitraż zasadom stosowanym w strukturze sądowniczej, gwarantując tym samym funkcjonalną tożsamość orzeczenia arbitrażowego, mającego wartość aktu prawnego i wyroku sądowego. Sądy arbitrażowe są postrzegane jako uzupełnienie kompetencji sądowniczej państwa, a nawet państwowej organizacji sądownictwa.

Hipotezy teorii jurysdykcyjnej prowadzą do refleksji na temat zdatności arbitrażowej w dwojaki sposób. Z jednej strony, teoria ta, w swej pierwotnej formie, ułatwiła rozwój arbitrażu, nadając mu status porównywalny do sądownictwa państwowego (negatywny skutek klauzuli arbitrażowej, możliwość zakwestionowania jurysdykcji sądu państwowego, wiążący skutek orzeczenia arbitrażowego, zrównanie skutków orzeczeń zagranicznych z orzeczeniami krajowymi). Zrównanie orzeczeń arbitrażowych i państwowych umożliwiło wzmocnienie statusu arbitrażu, zwłaszcza na poziomie międzynarodowym jeszcze przed wprowadzeniem międzynarodowych systemów uznawania i wykonywania wyroków zagranicznych, takich jak Konwencje genewska i nowojorska z 1961 i z 1958 r. Z drugiej jednak strony, podejście jurysdykcyjne nałożyło ograniczenia na arbitraż, zapobiegając jego delokalizacji i faworyzując zastosowanie *legis fori* w arbitrażu międzynarodowym, co również ułatwia ewentualne podważenie wyroku arbitrażowego. Kontrola sądownictwa państwowego nad sądami arbitrażowymi stała się silniejsza, dotycząc tym samym znaczenia orzeczenia arbitrażowego i postępowania przed sadem arbitrażowym. W tym zakresie można mówić o konkurencji między arbitrażem, a sądownictwem państwowym. Kwestie te uwiadamia analiza kompetencji wyłącznej sądu jako potencjalnego kryterium zdatności arbitrażowej. Jako taka występuje ona rzadko bezpośrednio w treści przepisów określających kryterium zdatności. Wyjątkiem jest tu między innymi prawo niemieckie, belgijskie, portugalskie i nieobowiązujący już od 2011 roku art. 5 szwajcarskiej ustawy między-kantonowej, dotyczącej arbitrażu krajowego.

W doktrynie francuskiej kompetencja wyłączna nie jest autonomicznym kryterium zdatności arbitrażowej. Podkreśla się jej pomocniczy charakter, istotny głównie z punktu widzenia organizacji sądownictwa państwowego, co nie jest bezpośrednio związane z instytucją arbitrażu. Rzadkie są natomiast przypadki, gdzie kompetencja wyłączna jest na tyle zakorzeniona w sferze *ordre public*, że prowadzi do całkowitego wykluczenia arbitrażu. W tym zakresie prawo francuskie wydaje się być „odporne” na elementy teorii jurysdykcyjnej, które,

zamiast zmierzać do „legitymizacji” instytucji arbitrażu, mają na celu wzmocnienie monopolu państwa na rozstrzyganie sporów z zakresu prawa prywatnego.

W doktrynie prawa polskiego, z uwagi na jej zakorzenienie od początków XX wieku w nurcie jurysdykcyjnym, na wzór praw germańskich, odwołania do kompetencji wyłącznej w kontekście arbitrażu znajdują się głównie w nielicznych przepisach szczególnych. W tym zakresie ustawodawca polski, pomimo zaczerpnięcia z nurtu teorii arbitrażu osadzonej w tradycji prawa niemieckiego, nie zdecydował się na rekonstrukcję przepisów według tamtejszego modelu. Doktryna prawa polskiego przyjmuje niechętnie kompetencję wyłączną jako czynnik mający wpływ na zakres zdatności arbitrażowej i traktuje ją jako zjawisko właściwe regułom jurysdykcji sądów państwowych. Dopuszczalność drogi sądowej jako wyznacznik sporów mogących stanowić przedmiot arbitrażu jest traktowany jako „relikt” teorii jurysdykcyjnej. Z punktu widzenia literatury prawnoporównawczej zaś, jako „relikt” podobnego typu, wynikający z siły monopolu państwa (w sensie ideologicznym), określane jest tradycyjne powiązanie największej instytucji arbitrażowej w kraju z krajową izbą gospodarczą. Aktualnie wydaje się, że tego typu analogie, jakkolwiek oparte na istniejących przykładach, nie w pełni oddają charakter instytucji arbitrażu w Polsce. Sam nurt jurysdykcyjny, poprzez zasięg kompetencji wyłącznej jako ewentualnej blokady dla arbitrażu, nie wydaje się istotnie wpływać na zakres zdatności arbitrażowej w prawie polskim.

### *Sekcja 3. „Mieszany” charakter arbitrażu*

Teoria mieszana arbitrażu nie stanowi *novum* w analizie przedmiotu, bazuje bowiem na elementach kontraktowych i jurysdykcyjnych, z silnym naciskiem na te pierwsze. Jej wpływ na zakres zdatności arbitrażowej w poszczególnych ustawodawstwach jest znikomy, natomiast pozwala ona lepiej zrozumieć kwestie związane z funkcją zdatności arbitrażowej oraz prawem właściwym do jej oceny.

Zdatność arbitrażowa, zgodnie z postulatami teorii mieszanej, jest pojęciem złożonym, podobnie jak pojęcie umowy o arbitraż. W tym zakresie może być pojmowana jako warunek ważności zapisu na sąd polubowny lub warunek jurysdykcji trybunału arbitrażowego. W świetle analiz *International Bar Association (IBA)* z 2016 r. różnica między podejściem poszczególnych ustawodawstw ujawnia się przede wszystkim na przykładzie interpretacji zdatności arbitrażowej przez sądy na gruncie Konwencji nowojorskiej. Pierwszą z definicji funkcji zdatności arbitrażowej wydają się chętniej przyjmować sądy austriackie, belgijskie i



niemieckie, podczas gdy druga preferowana jest przez sądy polskie i francuskie. Nie jest zatem możliwe jednoznaczne stwierdzenie, że porządki prawne bardziej osadzone w jurysdykcyjnym paradygmacie arbitrażu wykazują, w świetle orzecznictwa sądów, bezwarunkową tendencję zmierzającą w stronę traktowania funkcji zdatności arbitrażowej jako czysto jurysdykcyjnej.

W przypadku wyboru prawa do oceny zdatności arbitrażowej, mieszana teoria arbitrażu, wskazywała na *lex (loci) arbitri* jako odpowiednik „jurysdykcyjnie” zorientowanego *legis fori*. Bez względu, zatem, na etap procedury (przed arbitrem, przed sądem państwowym), wybór prawa właściwego do oceny zdatności arbitrażowej sporu był mocno osadzony w nurcie jurysdykcyjnym. Pomimo krytyki tego podejścia (zwłaszcza w świetle belgijskiego wyroku *Audi-NSU c. S.A. Adelin Petit* z 28 czerwca 1979), wydaje się ono wciąż dominować szczególnie w praktyce sądów. Zgodnie natomiast ze wspomnianym powyżej raportem *International Bar Association*, wybór *legis fori* do oceny zdatności arbitrażowej w kontekście art. II Konwencji nowojorskiej, jest już mniej oczywisty. Zdarza się w tym przypadku zastosowanie prawa właściwego dla umowy (tak sądy polskie) lub prawa miejsca arbitrażu (wpływ teorii mieszanej). Trudno natomiast jednoznacznie stwierdzić, że w porządkach prawnych mniej osadzonych w nurcie jurysdykcyjnym, obserwuje się częstszą tendencję do stosowania przy ocenie zdatności arbitrażowej prawa wybranego przez strony, któremu poddany jest podstawowy stosunek prawny i/lub klauzula arbitrażowa. Trudno w tym przypadku mówić również o jednolitej interpretacji art. II Konwencji nowojorskiej przez sądy. Należy natomiast domniemywać, że w obliczu redukcji roli porządku publicznego, również rola krajowych reguł ograniczających zakres zdatności arbitrażowej zmniejszy się, co wpłynie na stopniowe odchodzenie od uzależniania tej ostatniej od regulacji *forum*.

## CZĘŚĆ I - POJĘCIE ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ

### TYTUŁ I. TRADYCYJNE KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ W KRAJOWYCH PORZĄDKACH PRAWNYCH

#### Rozdział I. Zdatność arbitrażowa a porządek publiczny

##### *Sekcja 1. Pojęcie porządku publicznego*

Pojęcie porządku publicznego jest wieloznaczne, a jego związek z pojęciem zdatności arbitrażowej nastrocza licznych problemów interpretacyjnych. Jest to szczególnie kłopotliwe z punktu widzenia analizy prawnoporównawczej, gdyż wieloznaczność pojęcia porządku publicznego nakłada się na różnorodny stopień związania z nim pojęcia zdatności arbitrażowej. W konsekwencji, nawet jeśli w różnych porządkach prawnych występuje to samo kryterium zdatności arbitrażowej, może być ono odmiennie interpretowane z uwagi na stopień zakorzenienia w pojęciu porządku publicznego.

Porządek publiczny można klasyfikować, na użytek arbitrażu, ze względu na przedmiot i naturę normy, która pod ten porządek podpada. Doktryna mówi wręcz o różnych „podtypach” i postępującej specjalizacji porządku publicznego. Jest to szczególnie istotne podczas analizy instytucji arbitrażu i zakresu zdatności arbitrażowej w prawie francuskim. Z punktu widzenia doktryny francuskiej podział na porządek publiczny materialny i proceduralny jest niewystarczający do analizy zdatności arbitrażowej. W doktrynie tej pojawia się, obce polskiej nauce prawa, pojęcia „jurysdykcyjnego *ordre public*”. Termin ten oznacza ostateczną granicę zdatności arbitrażowej, wyrażoną poprzez szeroko pojęte gwarancje procesowe, które mogą być udzielone przed sądem państwowym, ale ich udzielenie nie jest oczywiste przed trybunałem arbitrażowym. Pojęcie to jest jednak szersze niż problematyka ochrony słabszej strony umowy, a jego zakres jest trudny do przeniesienia wprost na grunt prawa polskiego. W sensie ogólnym, jest to jednak restrykcyjne ujęcie *ordre public*.

Aktualnie bowiem, nawet w porządkach prawnych silnie „związanych” z porządkiem publicznym, obserwuje się wzrost kompetencji arbitra w zakresie stwierdzania naruszenia porządku publicznego oraz, w konsekwencji, rozluźnienie związku tego pojęcia ze zdatnością arbitrażową. Już w latach pięćdziesiątych XX wieku francuska *Cour de cassation* wydała trzy wyroki, w których stwierdzono, że same normy *ordre public* jako takie, odnoszące się do sporu będącego w kompetencji trybunału arbitrażowego, nie stanowią wystarczającej przesłanki do stwierdzenia nieważności zapisu na sąd polubowny. Opisana linia orzecznicza zmieniła wcześniejsze stanowisko orzecznictwa, ocenianego

aktualnie jako utrzymane w klimacie nieprzyjaznym dla arbitrażu oraz inspirowane założeniami teorii jurysdykcyjnej. Proces ten wpłynął na wydanie serii orzeczeń przez paryski Sąd apelacyjny, rozsądzałych kwestie arbitrażu międzynarodowego, z których najważniejsze – wyrok w sprawie spółek *Ganz c. Koleje Tunezyjskie* z 1991 r. oraz wyrok w sprawie *Labinal S.A. c. Mors & Westland Aerospace Ltd.* z 1993 r. – nie wykluczają zdatności arbitrażowej sporu z uwagi jedynie na możliwość zastosowania reguł *ordre public* do spornego prawa. Tego typu spory nie zostają zatem automatycznie pozbawiane przymiotu zdatności arbitrażowej w przypadku stwierdzenia przez arbitra naruszenia *ordre public*. Co więcej, zgodnie z poglądami doktryny, wspomniane orzeczenie w sprawie *Ganz* uniezależnia kryterium zdatności arbitrażowej wynikające z art. 2059 franc. KC od treści art. 2060 tego aktu jako źródło niemożności dysponowania przez strony prawami, wskazując samą naturę tych praw, co określa się w doktrynie jako „brak zdatności arbitrażowej *per se*”<sup>1354</sup>.

## *Sekcja 2. Zastosowanie pojęcia porządku publicznego w porządkach prawnych i jego konsekwencje dla pojęcia zdatności arbitrażowej*

W prawach romańskich, głównie w prawie francuskim, ciągle traktującym *ordre public* jako kryterium zdatności arbitrażowej, mimo że jego ramy wyznaczane są często w sposób kazuistyczny we francuskim orzecznictwie, obserwuje się odchodzenie od „automatycznego” podpieranie się argumentem *ordre public* przy negatywnej ocenie zdatności arbitrażowej. Zmiana podejścia ma jednak swoje źródło głównie w pozytywnej ocenie doktryny drugiego z kryteriów zdatności arbitrażowej – swobodnej dyspozycji prawami.

Art. 2059 franc. KC, zawierający główny wyznacznik zdatności arbitrażowej (kryterium swobodnej dyspozycji prawami), bezpośrednio sąsiaduje z uregulowanym w art. 2060 tego aktu katalogiem spraw niepodlegających trybunałowi arbitrażowemu, zawierającym ogólne odesłanie do spraw należących do porządku publicznego.

W trosce o jasność definicji zdatności arbitrażowej, przedstawiciele doktryny francuskiej zaczęli wypowiadać się krytycznie w kwestii przydatności precyzowania kryterium rozporządzalności prawami przez reguły *ordre public*. Literatura przedmiotu podkreśla przede wszystkim, że art. 2060 franc. KC ogranicza zasadę wolności stron, która, stanowiąc

---

<sup>1354</sup> Niniejsza analiza stanowi również część wyводу przedstawionego w artykule L. Sokołowska, „Prawnoporównawcze ujęcie problematyki swobodnej rozporządzalności prawami jako kryterium zdatności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na przykładzie regulacji francuskich w odniesieniu do polskich przepisów prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 121 – 129.

konstytutywny element arbitrażu, traci swoje pierwotne znaczenie w zetknięciu z ujmowanymi w „katalogi” ograniczeniami. Niejednoznaczność kryterium zdatności arbitrażowej określonego w art. 2060 franc. KC wydaje się natomiast wynikać z dwojakiej roli, jaką *ordre public* odgrywa w procedurze arbitrażowej. Reguły z nim związane mają zarówno znaczenie w kontekście woli stron, dążących do rozwiązania sporu w drodze arbitrażu, jak i stanowią granicę, której trybunał arbitrażowy nie może przekroczyć, rozstrzygając spór. Stanowisko to potwierdzone jest w orzecznictwie<sup>1355</sup>.

W prawach nurtu germańskiego, tak jak ma to miejsce w prawie niemieckim, pojęcie porządku publicznego jest głównie stosowane pod postacią klauzuli porządku publicznego. W przypadku arbitrażu, ma więc przede wszystkim znaczenie przy transgranicznym uznawaniu i wykonywaniu wyroku lub, na gruncie arbitrażu krajowego, podczas postarbitrażowych stadiów postępowania. Pojęcie porządku publicznego jako takie, zostało usunięte już podczas redakcji BGB i częściowo zastąpione przez pojęcie „dobrych obyczajów”. Podobnie jest w prawie polskim. Porządek publiczny jako taki rzadko opisywany jest przez doktrynę nawet jako ewentualny czynnik „pośrednio” wpływający na zakres zdatności. W bardzo małym zakresie można porównać tego typu podejście z postawą prezentowaną w prawie francuskim.

Porządek publiczny pod postacią *public policy* stanowi tylko względną przeszkodę dla arbitrażu. Po okresie początkowo radykalnego podejścia w prawie angielskim, które podpierając się *public policy*, traktowało sądownictwo arbitrażowe jako podrzędne wobec sądownictwa państwowego, ograniczająca rola *public policy* uległa w końcu znacznej neutralizacji. Zjawisko to jest głównie obecne w prawie amerykańskim, z uwagi na niedookreślony charakter porządku publicznego, wynikający z federalnej struktury władzy państwowej oraz wiodącej roli rozwiązań stosowanych w arbitrażu międzynarodowym. Co ciekawe, brak konkretnego kryterium normatywnego zdatności arbitrażowej sprawia, że jej granice określone są przez domniemanie możliwości poddania sporu pod arbitraż. Zapis na sąd polubowny jest tu warunkiem *sine qua non*, i jednocześnie wystarczającym, by domniemanie zaistniało. W tym zakresie wizja zdatności przedstawiona w *Common Law* stanowi odwrócenie

---

<sup>1355</sup> Zob. również L. Sokołowska, „Prawnoporównawcze ujęcie problematyki swobodnej rozporządzalności prawami jako kryterium zdatności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na przykładzie regulacji francuskich w odniesieniu do polskich przepisów prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 121 – 129.

jej ujęcia w systemie prawa kontynentalnego. Podczas gdy ten ostatni nadaje zdolności arbitrażowej funkcję warunkującą ważność zapisu lub stanowiącą przesłankę jurysdykcji trybunału arbitrażowego, w systemie anglosaskim samo zawarcie zapisu stanowi w dużej mierze o zaistnieniu zdolności arbitrażowej sporu.

## **Rozdział II. Różnorodność kryteriów zdolności arbitrażowej w porządkach prawnych systemu kontynentalnego**

Studia komparatystyczne wskazują trzy podstawowe sposoby określania zdolności arbitrażowej w poszczególnych porządkach prawnych<sup>1356</sup>. Jest to metoda generalnej kwalifikacji, tworzenie enumeratywnych katalogów wyłączeń lub też zestawienie obu tych metod. Kryteria wynikające z zastosowania generalnej kwalifikacji to, z reguły, rozporządzalność (dysponowanie) prawami stanowiącymi przedmiot sporu (ustawodawstwo francuskie i wzorowane na nim porządki prawne), wyrażana również przez zbywalność tych praw (np. prawo belgijskie) lub, oparta o przesłanki ugody materialnoprawnej, zdolność ugodowa (dawne ustawodawstwo niemieckie i austriackie), oraz majątkowy charakter sporu (np. prawo szwajcarskie, aktualne prawo niemieckie, austriackie i belgijskie). Wydaje się, że kryterium generalnej kwalifikacji we wszystkich swych odmianach stanowi wciąż wyznacznik dominujący w określaniu zdolności arbitrażowej.

### *Sekcja 1. Dysponowanie przedmiotem sporu*

W prawie francuskim, kryterium ograniczenia zdolności arbitrażowej określane jest przez możliwość dysponowania przedmiotem sporu, a więc dysponowanie (rozporządzalność) prawami przez strony<sup>1357</sup>. Mając na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące nieadekwatności kryterium porządku publicznego jako wyznacznika zdolności arbitrażowej oraz kierunek rozwoju doktryny francuskiej i międzynarodowej dotyczącej arbitrażu, można zatem sformułować pytanie o samodzielność i efektywność wskazanego tu wyznacznika zdolności arbitrażowej.

---

<sup>1356</sup> Rozważania zawarte w niniejszym akapicie zostały również podjęte przez autora w artykule L. Sokołowska, „Zdolność arbitrażowa sporu i jej znaczenie jako przesłanki skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego – uwagi prawnoporównawcze w świetle nowelizacji belgijskiego prawa arbitrażowego”, *e-Przegląd Arbitrażowy*, 2014, 1-2 (16-17), ss. 83-91.

<sup>1357</sup> Problematyka niniejszego rozdziału była wstępnie analizowana przez autora w zakresie prawa francuskiego i polskiego w artykule L. Sokołowska, „Prawnoporównawcze ujęcie problematyki swobodnej rozporządzalności prawami jako kryterium zdolności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na przykładzie regulacji francuskich w odniesieniu do polskich przepisów prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 121 – 129.

Art. 2059 franc. KC przewiduje, że wszystkie osoby mogą poddawać pod rozstrzygnięcie sądu polubownego prawa, co do których przysługuje im swobodna dyspozycja. Podobne uregulowanie przewidywał już francuski KPC sprzed nowelizacji z 1981 roku. Jak wspomniano powyżej, doktryna francuska nie analizowała jednak omawianego kryterium zdatności arbitrażowej w oderwaniu od pojęcia *ordre public*, co związane było również z brakiem wyraźnej definicji normatywnej praw będących w dyspozycji stron. Tendencja ta, zauważalna w literaturze przedmiotu, wydaje się potwierdzać nieautonomiczny charakter przyjętego w prawie francuskim kryterium zdatności arbitrażowej. O ile, zatem, w pewnym zakresie francuskie kryterium pozostaje niejasne *per se*, o tyle obraz analizowanego pojęcia wydaje się być „zaciemniony” przez samą strukturę przepisów francuskiego prawa arbitrażowego.

Zestawienie dwóch przepisów zawierających pojęcia nieostre (dyspozycyjność prawami i *ordre public*), z których pierwszy wyznacza zakres zdatności arbitrażowej w sposób pozytywny, kolejny zaś w negatywny, prowadzi do powstania złożonego kryterium zdatności arbitrażowej. Samodzielność pojęcia rozporządzalności prawami jako kryterium tejże, stała się widoczna dla teoretyków i praktyków dopiero w kontekście wspomnianej powyżej krytyki art. 2060 franc. KC. Istotny wydaje się również, wywodzący się z francuskiej doktryny, podział praw wyłączonych spod swobodnej dyspozycji stron na „nierozporządzalne” *per se*, częściowo „rozporządzalne” oraz te, które stają się „rozporządzalne” w momencie powstania sporu. Wspomniane rozróżnienie podkreśla nieheterogeniczną naturę analizowanego kryterium.

Z uwagi na tak ukształtowany charakter, kryterium dyspozycji prawami jako wyznacznik zdatności arbitrażowej nie jest uznawany w sposób absolutny nawet wśród liberalnie zorientowanych przedstawicieli francuskiej doktryny. Pomimo faktu, że coraz mniej porządków prawnych odwołuje się do *ordre public* przy próbie sprecyzowania pojęcia rozporządzalności prawami w kontekście arbitrażu, samo przedstawienie zakresu sporów zdatnych arbitrażowo za pomocą możliwości dysponowania jego przedmiotem okazuje się problematyczne również w aspekcie kolizyjnoprawnym, co wpisuje się w szereg dylematów, związanych przed wszystkim z arbitrażem międzynarodowym.

W omawianym tu przypadku, kwestia wyboru prawa właściwego do oceny potencjalnej rozporządzalności prawami łączy się z innym, pojawiającym się w literaturze przedmiotu

zarzutem wobec francuskiego kryterium zdatości arbitrażowej, jakim jest jego mała uniwersalność na gruncie różnych porządków prawnych.

O ile tradycyjne ujęcia dyspozycji przedmiotem sporu w prawie francuskim podejmują głównie próbę uniezależnienia jej od sfery *ordre public* w ujęciu materialnym, współczesna lektura tego pojęcia odchodzi od tego typu polemiki, traktując ją w zasadzie za rozsądną oraz porzuca tradycyjne odwołanie do praw podmiotowych. Rozważania współczesne zmierzają w stronę możliwości zrzeczenia się nie tyle praw, co interesów stron zaangażowanych w arbitraż. Z jednej strony podkreślany jest autonomiczny charakter dyspozycji interesem strony, rozumianym jako roszczenia procesowe, oraz elastyczność tak ujętego kryterium zdatości, stosowanego *in concreto*, które nie uzależnia legislatora od zmieniających się warunków socjoekonomicznych, mogących potencjalnie wpływać na zakres sporów nadających się do arbitrażu. Z drugiej strony przedstawiana jest możliwość traktowania dyspozycji sporem jako reguły kompetencyjnej. Jest to teoria dyskusyjna, zbliża się bowiem do rozważań dotyczących zasady dyspozycyjności, która jest niewątpliwie węższym pojęciem niż dyspozycja prawami w sensie ogólnym. Analogia ta ułatwia jednak analizę prawnoporównawczą między pojęciem dyspozycji prawami w prawie francuskim i dyspozycji prawami na gruncie praw nurtu germańskiego, w których jest ono mocniej osadzone w zasadzie dyspozycyjności.

Należy zauważyć, że prawo polskie nie pozostaje obojętne wobec pojęcia dyspozycji prawami, mimo, że nie jest ono bezpośrednim kryterium zdatości arbitrażowej<sup>1358</sup>. Przesłanka rozporządzalności prawami była bowiem obecna od dawna na gruncie polskich przepisów arbitrażowych. Polski KPC z 1930/32 roku wskazywał w art. 486, że strony w granicach swej zdolności do samodzielnego zobowiązywania się mogą zawrzeć umowę o oddanie sporu pod rozstrzygnięcie sądu polubownego. Art. 697 powojennego KPC zachował powyższe kryterium. Pierwotną formułę rozszerzono natomiast o ograniczenie do sporów o prawa majątkowe oraz wyłączenie sporów o alimenty i sporów ze stosunków pracy. Ówczesne przepisy nie pozwalały również, co do zasady, na rozstrzyganie w drodze arbitrażu sporów ze stosunków gospodarczych. Polska literatura przedmiotu, już na gruncie przepisów przedwojennego KPC

---

<sup>1358</sup>Niniejsze rozważania przedstawiono również w artykule L. Sokołowska, „Prawnoporównawcze ujęcie problematyki swobodnej rozporządzalności prawami jako kryterium zdatości arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego na przykładzie regulacji francuskich w odniesieniu do polskich przepisów prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 121 – 129.

wskazywała jednak na ogólnikowy charakter, choć jednocześnie i liberalizm, powyższej formuły. Zauważono, że tak określone kryterium zakresu sporów zdatnych arbitrażowo nie jest wystarczające w praktyce. Co więcej, kryterium to łączono również, błędnie, z „pełną zdolnością do czynności prawnych”. W istocie jednak, zarówno historyczny rozwój opisywanej formuły, jak i jego analiza funkcjonalna, wydają się wskazywać na potrzebę interpretacji omawianego terminu w ramach „zdolności” do zobowiązywania się w odniesieniu do konkretnego przedmiotu sporu, a więc nie wyłącznie w kategoriach zdolności prawnej podmiotu.

### *Sekcja 2. Zdatność ugodowa*

W prawie polskim, zdatność ugodowa jako wyznacznik zdatności arbitrażowej *in abstracto*, podlega szerokiej krytyce doktryny. Jest to kryterium pochodzące zasadniczo z prawa niemieckiego, gdzie interpretowano je zgodnie z teorią materialną, procesową, a w końcu z teorią obiektywnej dyspozycji sporem. W odniesieniu do tej ostatniej, zdatność ugodowa posiadała relatywnie szeroki zakres i zawierała niektóre spory niemajątkowe. Jednakże, zarówno prawo niemieckie, jak i austriackie, całkowicie zrezygnowało z tego pojęcia na gruncie prawa arbitrażowego. Jest to po części spowodowane rozdziwieniem między charakterem materialnym i proceduralnym ugody jako takiej, co skonfrontowane z obecnym w prawach germańskich sporem dotyczącym charakteru zapisu na sąd polubowny (a więc również sporu o funkcję zdatności arbitrażowej), stanowi o niewystraszającej transparentności przedmiotowego kryterium na potrzeby arbitrażu.

W prawach romańskich, odwołania do zdatności ugodowej występują rzadko, natomiast w kontekście kryterium zdatności arbitrażowej zasadniczo nie występują.

W prawie belgijskim, które stanowi wyjątek, pomimo obecności tego kryterium w prawie arbitrażowym przez kilkadziesiąt lat, zdatność ugodowa została odrzucona w stosunku do praw majątkowych przez reformę z 2013 roku<sup>1359</sup>. Wyjściowo, belgijskie kryterium zdatności arbitrażowej stanowiła, podobnie jak do tej pory w prawie francuskim, możliwość swobodnej rozporządzalności prawami. Formuła ta wydawała się jednak niewystarczająco precyzyjna, dlatego też w 1972 roku zdefiniowano spory zdatne arbitrażowo za pomocą zdatności ugodowej. Dostępne opracowania

---

<sup>1359</sup> Problematyka dyskutowana w niniejszym akapicie, jak również poniższe rozważanie dotyczące belgijskiego prawa arbitrażowego, stanowiły przedmiot analizy autora w artykule L. Sokołowska, „Zdatność arbitrażowa sporu i jej znaczenie jako przesłanki skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego – uwagi prawnoporównawcze w świetle nowelizacji belgijskiego prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 83-91.



zasadniczo zrównują powyższe kryteria w sensie funkcjonalnym. Podobnie jak prawo francuskie, prawo belgijskie przyjmuje do oceny zdatności ugodowej ogólny wzorzec rozporządzalności prawami, wywodzący się, co prawda, z materialnej definicji ugody w prawie belgijskim, dookreślony jest jednak, podobnie jak w doktrynie polskiej, przez normy procesowe.

Belgom nieobca jest krytyka wyznacznika zdatności ugodowej jako pojęcia nieostrego. Co więcej, doktryna belgijska kładzie nacisk na daleko posuniętą tożsamość w odniesieniu do treści pojęć zdatności arbitrażowej i *ordre public*, potwierdzone m. in. w orzeczeniu belgijskiej *Cour de cassation* w sprawie *Audi/NSU c. Adelin Petit S.A.* z 1979 r. Pomimo tendencji poszerzających kompetencje arbitrów w zakresie sporów wchodzących w zakres domeny publicznej (również poprzez wyraźne rozróżnienie norm bezwzględnie obowiązujących od norm *ordre public*), problem wskazanych powyżej zależności znaczeniowych jako argument za wprowadzeniem nowego kryterium zdatności arbitrażowej w prawie belgijskim, został także poruszony w uzasadnieniu prac komisji parlamentarnych poprzedzających reformę prawa belgijskiego z 2013 roku.

Pojęcie zdatności ugodowej nie jest również całkowicie obce doktrynie francuskiej. Jest ono jednak bardzo rzadko rozpatrywane jako potencjalne kryterium zdatności arbitrażowej. Co ciekawe, mimo faktu, że instytucja ugody oparta jest w prawie francuskim głównie o możliwość dysponowania i zrzeczenia się sporu, i w o wiele mniejszym zakresie niż w prawach germańskich, o pojęcie wzajemnych ustępstw, główny argument przeciwko zdatności ugodowej jako kryterium zdatności arbitrażowej, bazuje na nieadjudykacyjnym charakterze ugody. Wydaje się zatem, że prawo francuskie traktuje z dużą dozą ostrożności mankamenty kontraktowego ujęcia arbitrażu.

### *Sekcja 3. Majątkowy charakter sporu*

Teoretykom i praktykom arbitrażu nieobce są poszukiwania przejrzystego kryterium zdatności arbitrażowej, rodzącego mniej pytań natury kolizyjnoprawnej i mniej wrażliwego na partykularyzmy poszczególnych porządków prawnych<sup>1360</sup>. Poszukiwania te wydają się głównie zmierzać w kierunku liberalnych rozwiązań prawa szwajcarskiego, które jako kryterium

---

<sup>1360</sup> Problematyka dyskutowana w niniejszym akapicie, zwłaszcza w kontekście prawa belgijskiego, stanowiła przedmiot analizy autora w artykule L. Sokołowska, „Zdatność arbitrażowa sporu i jej znaczenie jako przesłanki skargi o uchylenie wyroku arbitrażowego – uwagi prawno-porównawcze w świetle nowelizacji belgijskiego prawa arbitrażowego”, *op.cit.*, ss. 83-91.

zdatności arbitrażowej proponuje majątkowy charakter sporu. Rozwiązanie to wydaje się mieć najistotniejsze znaczenie dla międzynarodowego arbitrażu handlowego. Kryterium majątkowego charakteru sporu zostało zinterpretowane za pomocą definicji przedstawionej w orzecznictwie szwajcarskiego Trybunału Federalnego, które podkreśla jego szeroki zakres, powołując się na charakter pieniężny (wyrażalny w pieniądzu) tego typu roszczeń.

W odróżnieniu od krajowego wyznacznika zdatności arbitrażowej w prawie szwajcarskim (dyspozycja przedmiotem sporu), który uzależniony jest od reguł wyboru prawa właściwego, szwajcarskie kryterium rozstrzygalności sporów międzynarodowych wydaje się przewyżczać tę przeszkodę (reguła ma bezpośrednie zastosowanie). Przewaga kryterium materialnego odnoszącego się do arbitrażu międzynarodowego nad normą krajową zdatności arbitrażowej wynika w tym znaczeniu z zakresu semantycznego. Co do zasady, spory majątkowe leżą bowiem w dyspozycji stron. Jednakże, jeżeli roszczenie, zgodnie z prawem szwajcarskim, ma charakter finansowy, jest ono zdatne arbitrażowo w ramach samowystarczalnego i niezależnego kryterium, niezależnie od tego, czy roszczenie dotyczy sporu, którym można dysponować według *legis causae*. Odwrotnie, spory będące przedmiotem swobodnej dyspozycji, ale nieposiadające natury finansowej, mogą być również uznane za zdatne arbitrażowo, nie z powodu hipotetycznej reguły domyślnej, promującej międzynarodowy charakter postępowania, lecz w drodze szerokiej interpretacji pojęcia interesu finansowego.

W prawie belgijskim, z uwagi na liczne wątpliwości przedstawione powyżej, dotyczące zdatności ugodowej, ustawodawca zdecydował się w 2013 roku na odejście od pierwotnego kryterium, uznając za zdatne arbitrażowo wszelkie „sprawy o charakterze majątkowym”. W przypadku sporów niemajątkowych, co do których doktryna nie przedstawiała zastrzeżeń odnośnie stosowania wyznacznika zdatności ugodowej, kryterium to zachowano. Inspirację do wprowadzenia tak ujętego podwójnego kryterium zdatności arbitrażowej stanowiły dla prawa belgijskiego nowelizacje regulacji niemieckiej, austriackiej oraz prawo szwajcarskie. Na wzór prawa niemieckiego, kryterium majątkowego charakteru sporu dopuszcza również rozpatrzenie przez trybunał arbitrażowy powództwa o ustalenie i ukształtowanie stosunku prawnego oraz powództwa o zaniechanie.

Pomimo faktu, że już przed zmianą kryterium zdatności arbitrażowej w prawie belgijskim możliwe było rozstrzyganie przez sąd polubowny wybranych konsekwencji sporów wchodzących w obszar *ordre public*, wprowadzenie wyraźnego kryterium odsyłającego do majątkowej natury roszczenia definitywnie przyznało zdatność arbitrażową większości sporów

posiadających wartość pieniężną, niezależnie od powiązania z domeną publiczną. Zmniejszenie ograniczeń wynikających ze sfery *ordre public* przesuwają ciężar kontroli nad sądownictwem polubownym z domeny badania dopuszczalności przedmiotowej spraw do arbitrażu, w stronę wyroku sądu polubownego. Podobnie jednak, jak w przypadku skargi o uchylenie wyroku sądu polubownego na podstawie przesłanki naruszenia *ordre public*, tak i podważenie wyroku na podstawie braku zdolności arbitrażowej, jest w belgijskiej doktrynie opisywane jako rzadkie. Z uwagi na efektywność instytucji sądu polubownego, belgijską reformę zdolności arbitrażowej należy zatem ocenić pozytywnie.

## WNIOSKI

Swobodna rozporządzalność prawami, jako jedno z możliwych kryteriów zdolności arbitrażowej sporów z zakresu prawa prywatnego, jest centralnym wyznacznikiem poddania sporu pod arbitraż w kręgu praw rromańskich, zwłaszcza w prawie francuskim<sup>1361</sup>. Nie jest to jednak kryterium w pełni jednoznaczne. Powyższe rozważania uwiadaczniają niewystarczającą precyzyjność analizowanego pojęcia, brak uniwersalizmu prawnego i konieczność poszukiwania dodatkowych uzasadnień jego niezależności względem *ordre public*. Pomimo tego, nie można wykluczyć, że prawnoporównawcza analiza kryterium swobodnej rozporządzalności prawami mogłaby zainspirować legislatora, konfrontowanego z potrzebą znalezienia alternatywy dla obarczonej licznymi wadami zdolności ugodowej. Kryterium swobodnej rozporządzalności prawami wydaje się bowiem „pierwotne” w stosunku do wciąż częściowo obowiązującej na gruncie polskiego prawa arbitrażowego zdolności ugodowej i, w przeciwieństwie do niej, nieobarczone chociażby ciężarem żmudnego „manewrowania” wśród wyznaczników ugody, bądź to na gruncie przepisów materialnych, bądź to proceduralnych. Jedynie względna niezależność kryterium dyspozycji prawami od *ordre public* również nie stanowiłaby problemu na gruncie ustawodawstw, w których porządek publiczny zasadniczo nie określa zakresu zdolności arbitrażowej. Kryterium to pozostaje zatem potencjalną alternatywą dla zdolności ugodowej, jako wyznacznika zdolności arbitrażowej sporów niemajątkowych w prawie polskim, w świetle niewykorzystania tego rozwiązania w ostatniej reformie prawa arbitrażowego z 2019 r.

Powyższa refleksja prawnoporównawcza skłania zatem przede wszystkim do wniosku, że w dobie zapotrzebowania na elementy liberalizacji i deregulacji w sferze obrotu gospodarczego (zwłaszcza na gruncie międzynarodowego arbitrażu handlowego), najważniejsze wydaje się poszukiwanie rozwiązań prawnych efektywnych w praktyce, niebazujących na zastępowaniu jednych wieloznacznych pojęć innymi; dookreślonych, ale jednocześnie umożliwiających swobodny rozwój międzynarodowych relacji gospodarczych. Jak wynika z analiz prawnoporównawczych trafniejszym kryterium zdolności arbitrażowej sporów wydaje się wyznacznik wywodzący się z norm prawa materialnego, co jest szczególnie istotne przy

---

<sup>1361</sup> Niniejsze wnioski zostały przedstawione przez autora również w ramach artykułu L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdolności arbitrażowej w prawie polskim z perspektywy prawnoporównawczej”, *op.cit.*, ss. 57-65.

niewielkim (tak jak ma to miejsce w Polsce) dorobku doktryny, która nie dookreśla zdolności ugodowej w sposób satysfakcjonujący z punktu widzenia pewności obrotu prawnego. W kontekście nieograniczonej zdolności arbitrażowej sporów majątkowych, nawet jeśli przykład prawa szwajcarskiego wydaje się zbyt odległy prawno-ekonomicznym uwarunkowaniom arbitrażu w Polsce, a przykład prawa niemieckiego niewystarczająco aktualny, reformę belgijskiego prawa regulującego sądownictwo polubowne w zakresie zmiany wyznacznika zdolności arbitrażowej należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia przejrzystości kryteriów ustawowych oraz efektywności arbitrażu. Wydaje się zatem, że modyfikacja kryterium zdolności arbitrażowej w prawie polskim z 2019 r. w zakresie sporów majątkowych, podążająca za tymi rozwiązaniami, jest zasadniczo uzasadniona w świetle analiz prawno-porównawczych .

## **TYTUŁ II. KRYTERIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ A ARBITRAŻ MIĘDZYNARODOWY**

Pomimo opisanej powyżej popularności kryterium generalnej kwalifikacji w ramach określania zdatności arbitrażowej, legislatorzy podejmują jednak próby odchodzenia od tak pojmowanego sposobu ograniczania zakresu sporów zdatnych arbitrażowo, z uwagi na operowanie przez te kryteria nieostrymi i nieprzystosowanymi do wymagań międzynarodowego obrotu handlowego pojęciami, wywołującymi niepewność prawną. Coraz częściej postrzega się zdatność arbitrażową w sposób holistyczny, traktując ją jako regułę bazującą na swoistym domniemaniu. Etapem, który wyprzedza to nowoczesne podejście jest „przenikanie” liberalnych wyznaczników zdatności arbitrażowej z arbitrażu międzynarodowego do arbitrażu krajowego. Istotne znaczenia odgrywa tu system uregulowanie pierwszego względem drugiego w poszczególnych porządkach prawnych<sup>1362</sup>.

### **Rozdział I. Nakładanie się kryterium charakteru międzynarodowego i zdatności arbitrażowej sporu**

„Monizm” i „dualizm”, jako pojęcia zapożyczone z innych gałęzi prawa, oznaczają w kontekście niniejszej pracy, odpowiednio, wspólne uregulowanie arbitrażu krajowego i międzynarodowego, bądź też odrębne uregulowanie arbitrażu międzynarodowego w ramach jednego porządku prawnego. Pojęcie modelu „monistycznego” i „dualistycznego” będzie zatem oznaczało porządek prawny operujący pierwszą lub drugą konstrukcją. Istnieją też modele „pośrednie”. Samo pojęcie „modelu” jest tu natomiast o tyle uzasadnione, o ile przyjmuje się kształtowanie krajowych systemów prawa arbitrażowego z uwzględnieniem ewolucji arbitrażu międzynarodowego.

Schemat uregulowania arbitrażu – wyodrębnienie jednego lub dwóch kryteriów zdatności arbitrażowej (wspólnego lub odrębnych dla arbitrażu krajowego i międzynarodowego) nie zależy od rodzaju kryterium charakteru międzynarodowego sporu (kryterium terytorialne lub materialne). Można wskazać zatem na modele uregulowania arbitrażu, które w różnorodny

---

<sup>1362</sup> Problematyka niniejszego paragrafu i następującego rozdziału stanowi jednocześnie przedmiot analizy w artykułach: L. Sokołowska, „Modern Arbitrability Models – Between Uniformity and Diversity of the Rule”, *IPP TBSP UJ*, 9/2017 (39), ss. 177-189; L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdatności arbitrażowej w prawie polskim z perspektywy prawnoporównawczej”, *op.cit.*, ss. 57-65.

sposób zestawiają kryteria zdatności arbitrażowej z wyznacznikami międzynarodowej natury sporu. Siłą rzeczy, wyznacznik międzynarodowego charakteru arbitrażu w systemach monistycznych posiada ograniczone znaczenie lub w ogóle nie występuje, jednak jego natura odzwierciedla w pewnym zakresie postawę legislatora wobec arbitrażu międzynarodowego, chociażby poprzez nakładanie na ten ostatni ograniczeń wynikających z trudów określenia prawa właściwego do oceny zdatności arbitrażowej przy zastosowaniu kryterium terytorialnego.

### *Sekcja 1. Zdatność arbitrażowa w modelach monistycznej regulacji arbitrażu*

Modele monistyczne odnaleźć można głównie na gruncie porządków prawnych opartych na Ustawie modelowej UNCITRAL, które przyjęły terytorialne kryterium międzynarodowego charakteru sporu oraz bazują na jednym wyznaczniku zdatności arbitrażowej. Jest to między innymi przypadek prawa polskiego. Dlatego też postulat przyjęcia transparentnego kryterium zdatności arbitrażowej wydaje się uzasadniony zarówno w arbitrażu krajowym, jak i międzynarodowym, bez względu na fakt, że ten ostatni nie odgrywa, jak dotąd, znaczącej roli w prawie polskim. Kryterium zdatności arbitrażowej nie jest tu jednak jedynym problemem. Jak pokazuje przykład prawa serbskiego, opartego również na modelu monistycznej regulacji arbitrażu i wzorującego się na Ustawie modelowej UNCITRAL, materialny wyznacznik charakteru międzynarodowego sporu wydaje się lepiej współgrać ze specyfiką arbitrażu międzynarodowego i jest tym samym proarbitrażowy.

Za rodzaj kompromisu między modelami monistycznymi i dualistycznymi należy uznać modele „pośrednie”. Posiadają one co do zasady charakter monistyczny, jednak w zróżnicowanym stopniu przyjmują normy szczególne dla arbitrażu międzynarodowego oraz umożliwiają ich stosowania w arbitrażu krajowym. Tym samym dostosowują one również kryteria rozróżnienia między arbitrażem krajowym i międzynarodowym. Przykładem jest tu prawo hiszpańskie, gdzie zdecydowano się na model monistyczny z uwagi na niewielką popularność arbitrażu międzynarodowego, wobec którego system dualistyczny nie zdał egzaminu. Legislador hiszpański założył jednocześnie, że to, co dobre dla arbitrażu międzynarodowego, będzie również wskazane w arbitrażu krajowym. Idąc tym tropem, prawo hiszpańskie przewiduje dyspozycję prawami jako wyznacznik zdatności arbitrażowej oraz materialne kryterium międzynarodowego charakteru sporu. Również w prawie włoskim legislator wprowadził monistyczną regulację arbitrażu wykorzystując model „mieszany”. Jako, że poprzedni model oparty na dualizmie nie sprawdził się, wprowadzenie regulacji monistycznej powodowane było

chęcią większego umiędzynarodowienia przepisów krajowych. O ile doświadczenia prawa hiszpańskiego i włoskiego pokazują zatem, że nie zawsze model dualistyczny dostosowany jest do charakterystyki i potrzeb arbitrażu, nie należy więc wprowadzać go „bezrefleksyjnie”, o tyle, zwłaszcza na gruncie prawa włoskiego, można postawić pytanie, na ile wprowadzanie modelu monistycznego jednocześnie osłabi liberalizm instytucji arbitrażu międzynarodowego w porządkach prawnych, które nie wykształciły, tak jak to stało się w prawie francuskim, odrębnego i liberalnego pojęcia *ordre public* w sferze międzynarodowej. Nie wydaje się jednak, by tego typu potencjalne zagrożenie stanowiło rzeczywisty „hamulec” dla arbitrażu międzynarodowego.

### *Sekcja 2. Zdarność arbitrażowa w modelach dualistycznej regulacji arbitrażu*

Francuskie prawo arbitrażowe, oparte na dualistycznej regulacji arbitrażu, stosuje swobodną dyspozycję prawami i *ordre public* w celu określenia, odpowiednio, zdatości i jej braku w arbitrażu krajowym<sup>1363</sup>. Kryterium zdatości arbitrażowej w arbitrażu międzynarodowym zależy bardziej od orzecznictwa i jest oceniane jako liberalne. Granice są ustalane przez ogólne pojęcie międzynarodowego *ordre public*. W tym sensie model francuski stanowi w rzeczywistości kontynentalny odpowiednik podejścia wypracowanego w prawie Stanów Zjednoczonych.

Z uwagi na szczególny charakter francuskiego prawa arbitrażowego, które, zgodnie z linią orzecniczą *Dalico*, wzywa do rezygnacji z zastosowania norm kolizyjnych do umów arbitrażowych w transakcjach międzynarodowych na rzecz materialnych norm prawa francuskiego, pojawiły się jednak wątpliwości w literaturze przedmiotu, czy sądy francuskie, powołując się na międzynarodowy *ordre public* jako ostateczną granicę zdatości arbitrażowej, argumentują wyłącznie z perspektywy prawa francuskiego, czy też rzeczywiście dążą do wypracowania ponadnarodowego standardu zdatości arbitrażowej. Niezależnie od motywów, transnarodowe domniemanie zdatości arbitrażowej istnieje bez wątpienia we francuskim arbitrażu międzynarodowym. Wniosku takiego nie da się natomiast wyciągnąć na płaszczyźnie regulacji arbitrażu krajowego.

---

<sup>1363</sup> L. Sokołowska, „Modern Arbitrability Models – Between Uniformity and Diversity of the Rule”, *op.cit.*, ss. 177-189; L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdatości arbitrażowej w prawie polskim z pespektywy prawnoporównawczej”, *op.cit.*, ss. 57-65.



W tym kontekście prawo francuskie stanowi przykład modelu dualistycznego „zamkniętego”. Nawet, jeśli rozwiązania proarbitrażowe przenikają z praktyki arbitrażu międzynarodowego do prawa krajowego dzięki działalności orzeczniczej sądów francuskich, strony arbitrażu nie mają możliwości wyboru regulacji arbitrażowej (właściwej dla arbitrażu krajowego lub międzynarodowego) do poddanej pod arbitraż sprawy. Kryterium międzynarodowego charakteru sporu nie podlega bowiem wolnej dyspozycji stron. Mimo tego, że jest to kryterium liberalne, oparte o międzynarodowy interes gospodarczy, całłościowy reżim zdatności arbitrażowej sporu krajowego/międzynarodowego jest zdecydowanie mniej elastyczny niż w prawie szwajcarskim.

Szwajcarskie prawo arbitrażowe, wykorzystując model dualistyczny, stosuje kryterium swobodnego dysponowania prawami w celu określenia zdatności arbitrażowej na poziomie krajowym oraz wyznacznik majątkowego charakteru sporu w arbitrażu międzynarodowym. Pragmatyczna polityka legislacyjna szwajcarskiego ustawodawcy, ściśle kierującego się tendencjami proarbitrażowymi, ma na celu promowanie międzynarodowego arbitrażu w Szwajcarii poprzez umożliwienie stronom ograniczenia kontroli sądowej państwa nad zdatnością arbitrażową, a także poprzez tworzenie standardów elastycznych. Cel ten jest osiągany, zarówno poprzez dostosowywanie kryterium zdatności arbitrażowej, jak i tworzenie współzależności krajowego i międzynarodowego systemu prawa arbitrażowego. Szwajcarski ustawodawca, w przeciwieństwie do francuskiego, pozwala (pośrednio) stronom na wybór kryterium zdatności arbitrażowej, dając im prawo wyłączenia w sporze międzynarodowym przepisów dotyczących arbitrażu międzynarodowego na rzecz przepisów krajowych lub pozwalając na wyłączenie regulacji arbitrażu krajowego w sporze krajowym i zastosowanie w ich miejsce przepisów regulujących arbitraż międzynarodowy. Tego typu rozwiązanie stanowi ilustrację możliwego wpływu dualistycznego systemu arbitrażowego na elastyczność zdatności arbitrażowej.

## **Rozdział II. Ponadnarodowe kryteria zdatności arbitrażowej**

### *Sekcja 1. Brak jednolitego kryterium zdatności arbitrażowej*

Pomimo stopniowego zanikania zjawiska braku zdatności arbitrażowej, nie istnieje jej jednolite kryterium<sup>1364</sup>. Stosowanie ogólnych kryteriów generalnej kwalifikacji w licznych ustawach arbitrażowych nie wydaje się pomagać w tworzeniu jednolitego standardu, zważywszy, że zdatność arbitrażowa podlega w niektórych obszarach analizie doktrynalnej i orzeczniczej, opartej o normy prawa krajowego. Międzynarodowe akty prawne nie zawierają jednolitego pojęcia zdatności arbitrażowej. Konwencja nowojorska z 1958 r. odnosi się do zdatności arbitrażowej, ale bez precyzowania jej kryteriów. Ustawa modelowa UNCITRAL również milczy w tej kwestii. Wdrażając tę ustawę, prawodawcy krajowi mają swobodę ustalania, które spory mogą być poddane arbitrażowi. W świetle dbałości o pewność prawa, podejście takie wzmaga potrzebę harmonizacji w zakresie standardów arbitrażowych, jednak cel ten nie został osiągnięty do tej pory. Przyczyną tego może być fakt, że grupy robocze UNCITRAL proponują, w ramach poszukiwań uniwersalnego wyznacznika zdatności arbitrażowej, wprowadzenie kryterium ogólnej kwalifikacji, połączone z katalogiem sporów wyłączonych spod arbitrażu. Konsensus w tej sprawie jest jednak trudno osiągalny. Ponadto, arbitraż jest również wykluczony z zakresu regulacji rozporządzenia Bruksela I i Bruksela I bis. Pomimo prób jego wprowadzenia do systemu prawa Unii europejskiej, nie jest to jak dotąd scenariusz realny. Prawo unijne nie zawiera tym samym wyznaczników zdatności arbitrażowej.

### *Sekcja 2. W poszukiwaniu kryterium ponadnarodowego*

W kontekście poszukiwań uniwersalnego kryterium zdatności arbitrażowej wydaje się, że istnieją co najmniej dwie możliwe ścieżki analizy – badanie potencjalnego kryterium ujednoliconego oraz podejście transnarodowe. Podczas gdy pierwsze podejście odnosi się do jednolitego standardu prawnego, który mógłby być przyjęty przez różne porządki krajowe, drugie rozumiane jest jako ogólna zasada leżąca u podstaw oceniania zdatności arbitrażowej w sensie ogólnym, ale niekoniecznie identyczna z kryteriami przyjętymi w porządkach krajowych.

---

<sup>1364</sup> Problematyka niniejszych rozdziałów stanowiła również przedmiot analizy w artykułach : L. Sokołowska, „Modern Arbitrability Models – Between Uniformity and Diversity of the Rule”, *op.cit.*, ss. 177-189 oraz L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdatności arbitrażowej w prawie polskim z pespektywy prawnoporównawczej”, *op.cit.*, ss. 57-65.

Przyjęcie ujednoliconego kryterium zdatności arbitrażowej nie jest zadaniem łatwym, ponieważ jej kryteria na gruncie różnych legislacji wydają się zbieżne tylko na pierwszy rzut oka. Nawet, jeśli zakorzenione są w podobnych pojęciach wyjściowych (np. dyspozycji prawami w przypadku rozporządzalności sporem i zdatności ugodowej), różne reguły interpretacyjne w poszczególnych ustawodawstwach mogą prowadzić do odmiennych rezultatów (np. interpretacja *in abstracto* lub *in concreto*). W związku z tym, ponadnarodowe podejście do zdatności arbitrażowej można odnaleźć raczej w badaniach dotyczących domniemania zdatności arbitrażowej lub w postulatach traktujących zdatność arbitrażową jako zasadę *per se*. Nie wpływa to jednak na fakt, że reguły krajowej interpretacji zdatności arbitrażowej mogą być mniej lub bardziej osadzone w tego typu rozumowaniu holistycznym.

## WNIOSKI

Współczesna wizja arbitrażu, wywodząca się z teorii autonomicznego porządku arbitrażowego, prowadzi do powstania swoistego paradoksu. Z jednej strony, obserwujemy wielopoziomowość zjawiska zdatności arbitrażowej, nakładanie się jej kryteriów, internacjonalizację, a nawet płynność jej koncepcji. Z drugiej strony, istnieje potrzeba ustanowienia jasnych i funkcjonalnych standardów, które przyczyniają się do usprawnienia obrotu gospodarczego, a jednocześnie gwarantują pewność prawa.

Z uwagi na jedynie powierzchowną zbieżność kryteriów zdatności arbitrażowej, skonstruowanie jednolitego kryterium jest niezwykle trudne. Niemniej jednak byłoby ono możliwe do wyobrażenia szczególnie w monistycznych systemach regulacji arbitrażu, zgodnie z propozycjami grupy roboczej UNCITRAL (kryterium generalnej kwalifikacji opatrzone katalogiem dziedzin prawa wyłączonych spod arbitrażu). Takie rozwiązanie wydaje się jednak niezadowalające. Pomimo, że reguła ogólnej kwalifikacji jest uznawana w licznych porządkach prawnych, ewentualna lista wyjątków stanowi istotny problem, wynikający z poziomu precyzji, w ramach której miałaby ona dookreślać kryterium ogólne. Odniesienie do przepisów szczególnych wydaje się zatem nieuniknione.

Ponadto, należy zadać pytanie, czy prawodawcy winni tworzyć podwójny standard zdatności arbitrażowej, zawierający zarówno definicję pozytywną, jak i negatywną zdatności, co prowadzi do współistnienia potencjalnie konkurencyjnych wizji tejże. Nasuwa się zatem wątpliwość, czy, z punktu widzenia legislacyjnej polityki proarbitrażowej, pożądane jest wprowadzanie tego typu złożonych kryteriów zdatności, biorąc pod uwagę istnienie podwójnych kryteriów tej ostatniej (jak np. w prawie niemieckim i belgijskim) oraz

dualistycznych modeli regulacji arbitrażu określających spory zdatne arbitrażowo za pomocą różnych kryteriów?

Z uwagi na fakt „oderwania” norm ponadnarodowych od poszczególnych cech prawa krajowego, pogłębione studia nad krajowymi modelami regulacji arbitrażu wskazują na istnienie „głębszych” i mniej oczywistych kryteriów funkcjonalnych zdatności arbitrażowej, takich jak jej domniemanie, które można wywnioskować zarówno z podejścia legislacyjnego, jak i z orzecznictwa. Biorąc pod uwagę fakt, że podejście to jest bardziej związane z koncepcją „*ordre public arbitral*” poprzez interpretację w kategoriach autonomicznej teorii arbitrażu i „reguł transnarodowych”, wydaje się ono bardziej przystosowane do wyznaczania zdatności arbitrażowej w arbitrażu międzynarodowym. Dlatego też, z legislacyjnego punktu widzenia, ponadnarodowa reguła zdatności arbitrażowej wydaje się potencjalnie łatwiejsza do wprowadzenia w dualistycznych systemach arbitrażowych o znaczącej roli orzecznictwa, np. w prawie francuskim. Powyższa konkluzja prowadzi bezpośrednio do pytania o zalety i możliwe konsekwencje zastosowania systemów dualistycznych do reżimów arbitrażowych w krajach prawa kontynentalnego. Nawet jeśli by przyjąć, że taki model działa na korzyść liberalnej regulacji arbitrażowej, np. poprzez czerpanie z koncepcji transnarodowych, powinien on być otwarty na wzajemne „przenikanie” między normami krajowymi i międzynarodowymi, nie prowadząc do utworzenia dwóch odrębnych i wzajemnie ze sobą konkurujących systemów. Alternatywnym i funkcjonalnym rozwiązaniem dla porządków prawnych, gdzie arbitraż międzynarodowy odgrywa mniejsza rolę, wydaje się natomiast model „pośredni”. Nacisk, który kładzie on na umiędzynarodowienie przepisów krajowych, stanowi furtkę do przyjęcia standardów ponadnarodowych, przy jednoczesnym uwzględnieniu dotychczasowego reżimu prawa arbitrażowego. Dalsze reformy polskiego prawa arbitrażowego mogłyby wpisywać się w ten nurt.

\*

## CZEŚĆ II - ZASTOSOWANIE POJĘCIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ W PRAKTYCE

### TYTUŁ I. TRADYCYJNE OGRANICZENIA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ

Tradycyjne ograniczenia arbitrażu handlowego wynikają z jego kontraktowej natury. Ograniczenia te wpływają jednocześnie na zakres zdatności arbitrażowej. Z uwagi na fakt, że zapis na sąd polubowny jest umową, ma on zasadniczo skutek *inter partes* i nie ma mocy wiążącej w stosunku do osób trzecich. Zgodnie z zasadą autonomii woli stron, ważnie zawarty zapis wiąże bowiem osoby, które go zawarły. Z drugiej strony problem ten uwidacznia się w ograniczonej skuteczności wyroku arbitrażowego. Pomimo, iż istnienie instytucji rozszerzonej skuteczności wyroku sprawia, że może on wywołać skutek *erga omnes*, jest to jednak wyjątek wprowadzany przez ustawodawcę jedynie w stosunku do niektórych wyroków sądów państwowych.

Konsekwencją faktu, że orzeczenie arbitrażowe nie posiada cech rozszerzonej skuteczności, jest konieczność analizy zakresu ochrony praw procesowych osób trzecich, zainteresowanych prowadzonym postępowaniem arbitrażowym. Różnorodność rozwiązań prawnych przyjętych w różnych ustawodawstwach pokazuje jednak względny charakter ograniczeń, które mogłyby podważyć wiarygodności arbitrażu i potwierdza rosnącą elastyczność instrumentów prawnych w obliczu wyzwań arbitrażu „funkcjonalnego”. Drugą kwestią jest potrzeba ochrony potencjalnych praw osób trzecich (np. swobody działalności gospodarczej nieograniczonej monopolem państwa lub prawami osób fizycznych), którą trudno zapewnić bez jawności orzeczenia arbitrażowego. Analiza prawnoporównawcza wskazuje jednak rozwiązania, które mogą stanowić remedium również i na te kwestie.

W konsekwencji względny skutek orzeczeń arbitrażowych (np. dotyczących unieważnienia decyzji organów spółek kapitałowych lub unieważnienia patentu) nie stanowi oczywistej przeszkody w poddaniu sporu pod arbitraż, zarówno w odniesieniu do ochrony praw osób trzecich, jak i publicznego dostępu do orzeczenia (np. wskutek wpisu w rejestrze). Tym samym, ograniczenia arbitrażu nie stanowią jednocześnie ograniczeń zakresu zdatności arbitrażowej.

## **Rozdział I. Zdatność arbitrażowa w prawie spółek - przykład sporów dotyczących unieważnienia uchwał organów spółek kapitałowych**

Ostatnio przyjęte rozwiązania prawne w tym zakresie ograniczają się do wybranych porządków prawnych. Polski legislator wprowadził odpowiednie zmiany dopiero w 2019 r., doktryna zaś, czerpiąc głównie z doświadczeń prawa niemieckiego, prowadziła długą debatę dotyczącą kryterium zdatności arbitrażowej, które mogłoby sprostać wyzwaniom tego typu sporów<sup>1365</sup>.

Nawet jeśli dyskusje wokół polskiego kryterium zdatności arbitrażowej, które finalnie doprowadziły do jego modyfikacji, ujawniają w tym zakresie słabości kryterium zdatności ugodowej również w innych ustawodawstwach wciąż zachowujących to kryterium, debata ta wskazuje w istocie na inne problemy arbitrażu. W rzeczywistości, niezależnie od doboru kryterium zdatności, arbitraż przedmiotowych sporów korporacyjnych dotyczy bowiem ochrony praw osób trzecich. Skuteczność orzeczenia arbitrażowego nie może być zapewniona w tego rodzaju postępowaniach, jeśli nie wiąże ona wszystkich współników (akcjonariuszy) i organów spółki. Pomimo równoważności skutków orzeczenia arbitrażowego i orzeczenia sądowego nie jest łatwo wywnioskować, że oba rodzaje decyzji mają w praktyce taką samą „wartość”. Fakt istnienia nielicznych przepisów proceduralnych prawa arbitrażowego w porządkach krajowych rodzi w istocie pytanie o możliwość przewidzenia przez strony arbitrażu dodatkowych gwarancji w ramach klauzuli arbitrażowej lub kompromisu. W przeciwnym natomiast razie wyrok jest zasadniczo nieskuteczny wobec osób potencjalnie zainteresowanych przebiegiem procesu arbitrażowego i jego rezultatem. Brak gwarancji procesowych co do możliwości uczestniczenia w procesie i zaskarżenia decyzji arbitrażowej stoi w konsekwencji na przeszkodzie zdatności arbitrażowej sporu, ponieważ strony trzecie są pozbawione praw w arbitrażu, które miałyby przed sądem państwowym.

Pojęcie osób trzecich w arbitrażu sporów korporacyjnych jest szerokie i obejmuje, z jednej strony, osoby, które, z racji swojego statusu i funkcji pełnionych w organach spółki, mogłyby brać udział w „wewnętrznych” sporach dotyczących spółki oraz, z drugiej strony, osoby „zewnętrzne”, zaangażowane jedynie w relacje zewnętrzne spółki. Dyskutowany problem dotyczy głównie pierwszej z wymienionych grup.

---

<sup>1365</sup> Tematyka ta została również przeanalizowana przez autora w artykule L. Sokołowska, „La protection des tiers en droit de l'arbitrage. Quelques réflexions sur l'arbitrabilité des litiges en droit polonais et comparé”, *IPP TBSP UJ*, 1/2018, ss. 49-59

W tym sensie zarówno niemieckie orzecznictwo, jak i polska doktryna podkreślają ryzyko nadużyć. W praktyce możliwe jest bowiem, że wspólnicy spółki i autorzy zaskarżonej uchwały nie uczestniczą w arbitrażu zainicjowanym przez wspólnika, który uchwałę zaskarżył, a spółka jest reprezentowana przez jej organ, który również ma w interesie zaskarżenia uchwały. W tym zakresie analizy prawnoporównawcze ujawniają dwa możliwe modele – zdatność arbitrażową „warunkową” oraz pełną zdatność arbitrażową.

W prawach z kręgu tradycji germańskiej wypracowano rozwiązanie, które gwarantuje otwarcia na arbitraż przedmiotowych sporów pod pewnymi warunkami, co zostało zaproponowane przez niemieckie orzecznictwo w 2009 r. (wyrok *Schiedsfähigkeit II*). W jego świetle orzeczenie arbitrażowe dotyczące ważności uchwały organu niemieckiego odpowiednika spółki z o.o. wiąże spółkę i wszystkich wspólników na ściśle określonych warunkach, takich jak: zgoda na poddanie sporu pod arbitraż wyrażona przez wszystkich wspólników i samą spółkę; powiadomienie wszystkich wspólników o wszczęciu procedury arbitrażowej; możliwość uczestniczenia przez wszystkich wspólników w wyborze arbitrów; skonsolidowanie wszystkich czynności procesowych dotyczących sporu przed tym samym trybunałem arbitrażowym. Odnosząc się do tego orzecznictwa, *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)* sformułowała standardową klauzulę arbitrażową i szczególne zasady dotyczące postępowania arbitrażowego w przedmiotowych sporach. Wydaje się, że niemieckie rozwiązanie jest praktyczne i skuteczne, ale jego zastosowanie jest ograniczone wielkością spółki kapitałowej (wysoka liczba akcjonariuszy w spółce akcyjnej jest przeszkodą dla zastosowania wspomnianych reguł). W 2017 r. zakres tego rozwiązania zwiększył się, kolejna decyzja BGH objęła bowiem swym zasięgiem również spółki komandytowe (wyrok *Schiedsfähigkeit III*).

Na wzór prawa niemieckiego, rosyjski ustawodawca zdecydował się na zbliżony model, przy okazji ostatniej reformy prawa arbitrażowego. Jest to jednak rozwiązanie, które wydaje się ograniczać niezależność arbitrażu od sądów państwowych. Po pierwsze, przewiduje ono, że arbitraż instytucjonalny dotyczący przedmiotowych sporów powinien opierać się o zasady zapewniające transparentną procedurę i udział wszystkich zainteresowanych. Po drugie, orzeczenia arbitrażowe powinny być wpisywane w rejestrze publicznym. Zmiana zapisu w rejestrze nie może jednak nastąpić bez kontroli wyroku arbitrażowego przez sąd państwowy. Nowelizacja artykułu 1163 KPC w 2019 istotnie zbliża w tym zakresie rozwiązanie polskie do tych, zaproponowanych w orzecznictwie niemieckim. Zmiana ta wydaje się uzasadniona i stanowi niewątpliwie kamień milowy w procesie uznania zdatności arbitrażowej sporów uchwałowych.

W prawach z kręgu tradycji romańskiej, zdatność arbitrażowa przedmiotowych sporów nie stanowi większego problemu, ani nie powoduje dyskusji w doktrynie. Zasadniczo nie jest ona kwestionowana ze względu na efekt *inter partes* orzeczenia arbitrażowego w prawie francuskim i belgijskim. Ochronę praw osób trzecich w dużej mierze zapewnia orzecznictwo oraz instrumenty przewidziane w przepisach procedury cywilnej, mające również zastosowanie do arbitrażu.

Orzecznictwo francuskiej *Cour de cassation* z 2007 i 2008 r. rozszerzyło prawomocność wyroku arbitrażowego poza zakres *inter partes*. W związku z tym, w przeciwieństwie do rozwiązań przyjętych w prawie polskim i niemieckim, orzeczenie arbitrażowe jest skuteczne *erga omnes*. O ile warunki ogólne zawarcia zapisu na sąd polubowny są spełnione, jest to zasadniczo wystarczający wymóg, jeśli chodzi o związanie wyrokiem wszystkich współników spółki. Prawa osób trzecich są natomiast w świetle doktryny francuskiej chronione przez sam fakt istnienia, nieznaney prawu polskiemu, instytucji „opozycji osoby trzeciej” („*tierce opposition*”), która stanowi szczególny tryb odwołania się od wyroku arbitrażowego. Zakres tej instytucji jest jednak ograniczony. Po pierwsze, prawo francuskie zastrzega tę możliwość jedynie w przypadku arbitrażu krajowego. Następnie, z instytucji tej skorzystać mogą jedynie osoby, które mogą być reprezentowane w ramach spółki, nie zaś podmioty wobec niej „zewnątrzne”, np. wierzyciele. Wreszcie, „opozycja osoby trzeciej” może być zastosowana jedynie do dyspozycji wyroku. Pomimo wspomnianych ograniczeń francuska doktryna nie widzi w tym zakresie ryzyka ewentualnych nadużyć, które mogłyby uzasadniać brak zdatności arbitrażowej. Świadczy to bez wątpienia o zaufaniu do instytucji arbitrażu.



## **Rozdział II. Zdarność arbitrażowa w prawie własności intelektualnej – przykład sporów o unieważnienie patentu**

Spory tego typu mogą mieć dwojaki charakter i wynikają z umów różnego typu. W tym zakresie zarzut nieważności patentu może być podniesiony przez jedną ze stron umowy głównej w celu obrony przed zarzutem jego naruszenia, lub w przypadku niewykonania umowy, w tym umowy licencyjnej w ramach powództwa wzajemnego o naruszenie. Nieważność patentu może również stanowić samodzielny przedmiot sporu. Podczas gdy w pierwszym przypadku nie wyklucza się zdatości arbitrażowej sporu, nawet w odniesieniu do unieważnienia patentu, zdarność arbitrażowa sporów w drugim przypadku jest bardzo rzadko uznawana.

Decyzja o unieważnieniu patentu na wynalazek przez właściwy podmiot (np. organ administracyjny w Polsce, sąd we Francji) ma skutek *erga omnes*. Kontraktowy charakter arbitrażu wyklucza ten sam efekt w procedurze arbitrażowej. Jednak wydaje się, że sprzeczność tę można przewyciężyć bez pogłębiania konfliktu między potrzebą ochrony patentowej a problemem skuteczności orzeczenia arbitrażowego. Mimo tego, że w Polsce spory te nie są zdadne arbitrażowo, kwestia ta wydaje się być częściowo rozwiązana przez francuskie orzecznictwo. Zdarność arbitrażowa przedmiotowych sporów jest także w pełni uznana w porządkach prawnych szwajcarskim i belgijskim.

Problem dotyczy tu wszystkich osób trzecich wobec potencjalnego zapisu na sąd polubowny, zainteresowanych swobodnym wykonywaniem praw, które ewentualny patent ogranicza. Patenty jako wyłączne tytuły własności przemysłowej udzielone wynalazcy, gwarantują mu wyłączność na określony okres czasu, czym jednocześnie ograniczają swobodę działalności gospodarczej innym podmiotom w zakresie objętym patentem. Istnieje zatem potencjał w kwestii materii spornych, a doktrynie, również w prawie polskim, nieobce są postulaty tworzenia sądów wyspecjalizowanych, w tym arbitrażowych. Ostatnia reforma KPC, w zakresie w którym wchodzi w życie w 2020 r., wydaje się częściowo realizować wspomniane oczekiwania. Jej wpływ na zdarność arbitrażową omawianych sporów jest jednak znikoma.

W prawie francuskim, w kontekście sporów wynikających z umów (głównie licencji), częściowa zdarność arbitrażowa sporów o unieważnienie patentów została przyjęta przez linię orzeczniczą *Liv Hidravlika* z 2008 i *Victocor Technologies* z 2013 r. Spory te wydają się zdadne arbitrażowo w zakresie, w jakim wiążą strony *inter partes*. W tym względzie skuteczność orzeczeń arbitrażowych jest tradycyjnie ograniczona.

W wyroku w sprawie *Liv Hidravlika* Sąd apelacyjny w Paryżu po raz pierwszy uznał orzeczenie arbitra w sprawie ważności patentu, która stanowiła kwestię wypadkową w kontekście sporu

wynikłego na gruncie umowy licencji. Sąd ten zauważył jednak, że orzeczenie takie nie ma skutku *erga omnes*. Przykładowo, szczególna pozostaje zatem sytuacja licencjobiorcy – osoby trzeciej wobec sporu arbitrażowego między innym licencjobiorcą a właścicielem praw patentowych, w którym patent unieważniono. Licencjobiorca ten, w praktyce nieświadomy istnienia sporu i wyroku arbitrażowego, będzie musiał uiszczać stosowne opłaty, nieważność patentu orzeczono bowiem tylko wobec licencjobiorcy-strony arbitrażu.

Podobne rozumowanie zastosowano w wyroku *Victacor Technologies*, w którym francuski Sąd kasacyjny potwierdził zdatność arbitrażową przedmiotowych sporów, orzekając jedynie w zakresie skutku *inter partes* orzeczenia trybunału arbitrażowego. Nie bez powodu francuska doktryna uważa taką ewolucję orzecznictwa za niekompletną i niewyjaśniającą problemu potencjalnego współistnienia wyroków sądowych i arbitrażowych, dotyczących ważności tego samego patenu.

W prawie szwajcarskim i belgijskim znaleziono natomiast sposób na uznanie pełnej zdatności arbitrażowej przedmiotowych sporów. Orzeczeniom arbitrażowym przyznano tam rozszerzoną skuteczność, jednak muszą być one jednocześnie wpisane do rejestru publicznego. Fakt ten czyni je zatem skutecznymi wobec osób trzecich, które mogą powołać się na nie, w celu ochrony swoich praw.

## WNIOSKI

Aby uznać skutek *erga omnes* orzeczenia arbitrażowego w sporach korporacyjnych, niektóre ustawodawstwa (prawo niemieckie, a ostatnio również prawo rosyjskie i polskie) proponują rozwiązania legislacyjne i orzecznicze, wprowadzające szczegółowe zasady postępowania arbitrażowego lub warunki zawarcia zapisu na sąd polubowny. Takie podejście, nie dopuszczając bezwzględnej zdatności arbitrażowej przedmiotowych sporów, wprowadza zasadę zdatności „warunkowej”, proponując rozwiązanie wydające sprawdzać się w praktyce. Inne porządki prawne (prawo francuskie, prawo belgijskie) co do zasady nie podważają zdatności arbitrażowej sporów wewnątrz spółki i nie przewidują żadnych dodatkowych wymogów, poza ważnie zawartą klauzulą arbitrażową.

O ile zastosowanie w prawie polskim rozwiązań przyjętych w prawie niemieckim wydaje się uzasadnione podobieństwem tych dwóch porządków prawnych w zakresie normatywnej struktury prawa prywatnego, o tyle instrumenty prawne przyjęte w prawach z kręgu rodziny romańskiej wydają się zbyt odległe od specyfiki prawa polskiego. O ile opozycja strony trzeciej, jako całościowy i praktyczny środek ogólnej ochrony praw osób trzecich, może być przykładem dla polskiego postępowania cywilnego, o tyle celem prawa arbitrażowego winno być jednak

wprowadzanie skutecznych instrumentów w jego własnym zakresie, a nie uciekanie się do instytucji postępowania cywilnego.

Przykład sporów o unieważnienie patentu pokazuje natomiast, że problem ochrony praw osób trzecich dotyczy tak poufności arbitrażu, jak i jego kontraktowego charakteru. Z jednej strony, ewolucja francuskiego orzecznictwa pozwala domniemywać, że prędzej czy później, uzna ono całkowitą zdatność arbitrażową w omawianym zakresie. Z drugiej jednak, jak pokazuje prawo belgijskie i szwajcarskie, prawdziwą przeszkodą dla zdatności arbitrażowej okazuje się poufny charakter arbitrażu. Dalszej dyskusji powinna zatem podlegać kwestia, czy praktyczne rozwiązania zastosowane w tych porządkach prawnych, polegające na (częściowym) upublicznieniu wyroku arbitrażowego, stanowią rzeczywisty zamach na jedną z podstawowych cech arbitrażu, uważaną za jego zaletę. Odpowiedź na to pytanie powinna brać pod uwagę potencjalne korzyści wynikające z wprowadzenia arbitrażu specjalistycznego oraz potrzebę zachowaniem podstawowych, ale częściowo ograniczających zdatność arbitrażową, cech prywatnego rozstrzygania sporów.

## TYTUŁ II. NOWE PERSPEKTYWY DLA ZDATNOŚCI ARBITRAŻOWEJ

### **Rozdział I. Zdatność arbitrażowa w prawie konsumenckim i w prawie upadłościowym**

Ograniczenia zdatności arbitrażowej w praktyce wykraczają poza umowny charakter arbitrażu. Wyważenie różnych interesów, istotnych dla instytucji arbitrażu oraz dla odbiorców potencjalnie nim zainteresowanych, stanowi wyzwanie dla zdatności arbitrażowej „dostosowanej” do specyfiki złożonych dziedzin prawa, również tych podlegających reformom legislacyjnym, tak jak ma to miejsce w prawie konsumenckim i upadłościowym. Arbitraż jest w tym kontekście zjawiskiem „elastycznym”, reagującym na zmiany w rzeczywistości prawnej, gospodarczej i społecznej. Pod tym względem zakres zdatności arbitrażowej jest wyznaczany przez ewolucję warunków dopuszczalności zapisu na sąd polubowny w niektórych, „wrażliwych” obszarach prawa cywilnego i handlowego.

Ze względu na ostatnie reformy w prawie polskim, istotne dla analizy zdatności arbitrażowej, niniejsze rozważania dotyczą prawa konsumenckiego i upadłościowego. Biorąc pod uwagę aspekt porównawczy niniejszej pracy, takie podejście wydaje się najlepiej odzwierciedlać aktualne tendencje w zakresie regulacji zdatności arbitrażowej.

Ostatnie reformy w dziedzinie spraw konsumenckich (Polska i Francja) oraz upadłości (Polska), doprowadziły do częściowej weryfikacji i zmiany reżimu zapisu na sąd polubowny w tych obszarach. Zjawisko to wynika, w przypadku prawa francuskiego, z procesu „kontraktualizacji”, który głęboko wpisuje się w ostatnią, poważną reformę prawa prywatnego, wprowadzoną ustawą „*Justice du XXI siècle*” („Sądownictwo XXI wieku”) w 2016 r. W przypadku polskiego prawa jest to natomiast głównie konsekwencja ustawy z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw oraz ustawy z dnia 23 września 2016 r. o pozasądowym rozwiązywaniu sporów konsumenckich, jak również „wtórny” efekt długo oczekiwanych zmian w prawie upadłościowym, wprowadzonych ostatecznie przez reformę z 2015 r. Jednak zarówno w prawie francuskim, jak i polskim w dziedzinie prawa konsumenckiego i upadłościowego dominuje idea sprzyjająca alternatywnemu rozwiązywaniu sporów.

Pod tym względem doprecyzowanie i uproszczenie reżimu klauzuli arbitrażowej przyczynia się do pojawiania się nowych obszarów zdatnych arbitrażowo. Zjawisko to nie jest jednak jednoznaczne. Arbitraż, jako alternatywny sposób rozstrzygania sporów, wymaga – z jednej strony przejrzystości proceduralnej i wzmocnienia norm ochrony konsumentów, a z drugiej – ciągłości i stabilności procedury arbitrażowej. W obu przypadkach powstaje następujące

pytanie oparte na potencjalnym konflikcie: czy efektywność arbitrażu można poprawić, ograniczając dostęp do niego lub „wygaszając” procedurę arbitrażową w obliczu sprzeczności między celami sądownictwa prywatnego a specyfiką danej dziedziny prawa i potrzebami jej użytkowników?

Próbując zestawić ze sobą dwa tak różne obszary prawa, jak prawo arbitrażowe i prawo konsumenckie, natykamy się zatem na konflikt interesów. Konieczność ochrony konsumenta, przejawiająca się na różnych etapach stosunku umownego z przedsiębiorcą, stanowi przeszkodę dla bezwzględnego uznania zdadności arbitrażowej. Abuzywność klauzuli arbitrażowej w obrocie konsumenckim wynika z nieefektywnych narzędzi prawnych, niegwarantujących słabszej stronie stosunku umownego dostępu do sądu. Próby dostosowania mechanizmów ochrony konsumenta do realiów obrotu ekonomicznego i prawnego, które zostały ostatnio podjęte zarówno w prawie polskim, jak i francuskim, wydają się jednak zmierzać w kierunku przywrócenia brakującej równowagi pomiędzy arbitrażem a obrotem konsumenckim poprzez zmniejszenie potencjalnie negatywnych skutków nierównowagi kontraktowej. Jednocześnie jest to wzmocnienie wiarygodność prywatnego sposobu rozstrzygania sporów jako sądownictwa, które podejmuje próbę kontroli ryzyka wiktyimizacji konsumentów w stosunku do uprzywilejowanych stron kontraktu.

Związek pomiędzy arbitrażem a prawem upadłościowym opiera się natomiast na sprzeczności celów proceduralnych. Z punktu widzenia celów postępowania arbitrażowego konflikt ten utrudnia skuteczne prowadzenie postępowania. Z punktu widzenia sądownictwa państwowego, arbitraż może być z kolei sprzeczny z kompetencją wyłączną tego pierwszego i stanowić zakłócenie równowagi między funkcjami likwidacyjnymi, społecznymi i gospodarczymi w postępowaniu upadłościowym. W przeciwieństwie do rozważanego powyżej prawa konsumenckiego, nie chodzi tu o istnienie nierównowagi kontraktowej, która nakładałaby ograniczenia na zapis na sąd polubowny oraz zdadność arbitrażową. W przedmiotowym zagadnieniu problem dotyczy konfliktu między interesami użytkowników arbitrażu, zmierzających do szybkiego i poufnego rozstrzygnięcia sporu, a celami postępowania upadłościowego, gwarantującego nienaruszalność interesu publicznego.

Jak uważa się na gruncie prawa francuskiego, niezależnie od polityki ustawodawczej, która w celu ochrony interesu publicznego określa zasady postępowania upadłościowego wobec masy upadłościowej dłużnika lub chroni prawa wierzycieli, bezwzględnie obowiązujące przepisy porządku publicznego mają charakter materialny i w związku z tym odwoływanie się do arbitrażu nie jest całkowicie wykluczone. Obecność zasad porządku publicznego w tej dziedzinie, jak ma to miejsce w szczególności w zakresie koordynacji procedur w prawie

upadłościowym, wskazuje w pewnym zakresie na powody ograniczania zdolności arbitrażowej, ale nie jest tożsame z brakiem kompetencji arbitra jako takiego. W przeciwnym razie należałoby uznać, że zasady postępowania upadłościowego mają pierwszeństwo przed zasadami postępowania arbitrażowego, a zapis na sąd polubowny staje się nieważny w przypadku zaistnienia upadłości strony.

*Prima facie*, zdolność arbitrażowa może być zatem ograniczana z uwagi na normy porządku publicznego i wyłącznej jurysdykcji sądu państwowego. Powyższe rozwiązania pokazują jednak, że wspomniane przeszkody nie mają decydującego znaczenia. Wydaje się raczej, że to skuteczność umowy arbitrażowej odnoszącej się do sporu zdolnego arbitrażowo jest problematyczna w obliczu procedury upadłościowej. Przykład polskiej reformy prawa upadłościowego, która wyeliminowała przestarzały przepis, uniemożliwiający poddanie sporu pod arbitraż w przypadku upadłości jednej ze stron zapisu, pozwala wnioskować retrospektywnie o powodach, dla których ustawodawca tak późno zdecydował się na konfrontację procedury arbitrażowej i upadłościowej. Reformę tę należy ocenić pozytywnie, również w zakresie poszerzenia zakresu zdolności arbitrażowej. Podobnie bowiem, jak ma to miejsce w innych porządkach prawnych, w tym w prawie francuskim, koordynacja procedur prawa upadłościowego i arbitrażu wydaje się pożądana z punktu widzenia polityki proarbitrażowej, stabilności proceduralnej i internacjonalizacji transakcji ekonomicznych.

## **Rozdział II. Zdarność arbitrażowa w prawie rodzinnym**

Szczególny charakter prawa rodzinnego, z jednej strony prześiąkniętego normami imperatywnymi, a z drugiej bogatego w elementy pozaprawne, mimo że stanowi granicę często nieprzekraczalną dla arbitrażu, paradoksalnie ukazuje jednak potencjalne korzyści jego zastosowania. Psychologiczny aspekt przedmiotowych sporów wskazuje bowiem na potrzebę elastycznych procedur, co w istocie wykorzystywano od wieków, w ramach różnorodnych rozwiązań polubownych.

W przypadku sporów majątkowych z zakresu prawa rodzinnego, nie istnieją szczególne powody, dla których nie miałyby spełniać one kryteriów zdarności arbitrażowej. Jeśli arbitraż nie jest dopuszczalny w ich przypadku, wynika to raczej z ogólnego kontekstu prawa rodzinnego, pozaprawnej natury niektórych sporów, charakteru mieszanego (majątkowo-niemajątkowego) części z nich, oraz z zakorzenienia dziedziny w przepisach bezwzględnie obowiązujących, mających służyć ochronie interesu publicznego. Szczególnie ciekawym zagadnieniem wydaje się tu możliwość poddania pod arbitraż majątkowych sporów wynikłych w toku spadkobrania oraz zakres przedmiotowy arbitrażu testamentowego. Rozważania dotyczące uznania ważności zapisu na sąd polubowny w testamencie pokazuje aktualność debaty na płaszczyźnie prawnoporównawczej.

W przypadku sporów niemajątkowych z zakresu prawa rodzinnego możemy natomiast rozpatrywać zdarność arbitrażową jedynie teoretycznie jako „zdarność potencjalną”.

Aktualnie, ze względu na tendencje w zakresie „patrymonializacji”, „kontraktualizacji” i „dejurydyzacji” w prawie rodzinnym oraz promowanie alternatywnych metod rozwiązywania sporów, obszar ten wydaje się coraz bardziej otwarty, również na adjudykacyjne formy rozwiązywania sporów. Ponadto, stopień wysycenia normami bezwzględnie obowiązującymi w zakresie prawa rodzinnego nie jest jednorodny. Dodatkowo, przemiany obyczajowe w sferze społecznych relacji rodzinnych poddają w wątpliwość przypisywanie tych norm sferom bezwzględnie niezdatnym arbitrażowo (np. możliwość uzyskania rozvodu przed notariuszem na podstawie umowy stron w prawie francuskim). Stanowisko sprzeciwiające się umownym rozwiązaniom sporów rodzinnych przez strony nie jest też charakterystyczne dla wszystkich systemów prawnych. System anglosaski jest w tym zakresie bardziej otwarty niż porządki prawne systemu kontynentalnego. Domena, o której mowa, jest więc stopniowo podbijana przez alternatywne sposoby rozstrzygania sporów. W Polsce, z uwagi na fakt, że prawo rodzinne jest tradycyjnie zamknięte dla arbitrażu w zakresie sporów niematerialnych, jedynie

dopuszczalność mediacji rzuca światło na ewentualne otwarcie tej dziedziny na adjudykacyjne sposoby rozwiązywania sporów w przyszłości. Na płaszczyźnie prawnoporównawczej arbitraż jako taki wydaje się jednak mniej abstrakcyjny w przypadku sporów rodzinnych w prawie międzynarodowym (np. spory o prawo do opieki nad dzieckiem). Kwestie te będą z czasem wzbudzać większe zainteresowanie doktryny komparatystycznej, również w zakresie arbitrażu.

## **WNIOSKI**

Zakres arbitrażu podlega modyfikacjom wraz ze zmieniającymi się uwarunkowaniami prawno-ekonomicznymi i społecznymi. Zjawisko to wpływa również na zakres zdatności arbitrażowej. W tym przypadku mniejszy nacisk położony jest na jej kryteria oraz na ograniczenia natury kontraktowej arbitrażu, większy zaś na dostosowanie instytucji arbitrażu do wielości interesów ekonomicznych i społecznych. Zdatność arbitrażowa sporów jest w tym przypadku ściśle połączona z ważnością zapisu na sąd polubowny, i razem z nią podlega swoistemu „dopasowaniu”. W tym zakresie ostatnie reformy podjęte przez polskiego legislatora w ramach prawa konsumenckiego i upadłościowego należy ocenić pozytywnie w kontekście arbitrażu i zdatności arbitrażowej.

Z uwagi natomiast na obdarzanie stron sporów coraz większym zaufaniem w zakresie indywidualnego rozwiązywania konfliktów w licznych porządkach prawnych, „potencjalna” zdatność arbitrażowa w sferach prawa, w których arbitraż wciąż nie jest dopuszczalny, takich jak prawo rodzinne, zacnie niebawem stanowić przedmiot analiz nie tylko teoretycznych.



## WNIOSKI KOŃCOWE

W niniejszym opracowaniu, aby przeanalizować pojęcie zdatności arbitrażowej oraz ocenić krytycznie przesłanki zdatności w prawie polskim na płaszczyźnie porównawczej, przyjęto podejście proarbitrażowe, rozpoczynając analizę od zakorzenienia instytucji arbitrażu w zasadzie swobody kontraktowej. W tym kontekście uznano zdatność arbitrażową za przejaw zaufania do arbitrów i stron, które ustawodawca powinien promować i wzmacniać.

W trakcie badań postanowiono jednak w większym zakresie podkreślić fakt, że tendencje *in favorem arbitrandum* nie czerpią jedynie z wolnościowego charakteru arbitrażu, ale mają też silne oparcie w normach prawnych. Tym samym staje się możliwe badanie efektywności instytucji arbitrażu w kontekście regulacji prawnych. Jest to również wyzwanie dla pojęcia zdatności arbitrażowej, której funkcja wyznaczana była na przestrzeni lat przez teoretyczne ujęcia arbitrażu, w ramach szukania równowagi między elementami kontraktowymi i jurysdykcyjnymi. Zjawisko domniemania zdatności arbitrażowej współgra w tym zakresie z faktem, że jej całkowity brak występuje rzadko (doktryna *non-arbitrability*). W odniesieniu do pewności prawa, ewolucja zjawiska zdatności arbitrażowej nie jest natomiast zakończona i potrzeby studiów nad nią w praktyce nie należy zastępować bezrefleksyjnym poszukiwaniem wyznaczników skuteczności arbitrażu, które nie sprzyja budowaniu jego wiarygodności.

Niniejsze badania miały precyzyjnie określone ramy. Ich ogólnym celem była analiza rozwiązań przyjętych w polskim prawie oraz ocena ich skuteczności w zakresie poddania sporów prawa prywatnego pod arbitraż handlowy. Wybór metody prawoporównawczej wynikał z chęci zdefiniowania zakresu zdatności arbitrażowej z punktu widzenia prawa polskiego. Przedstawione badania potwierdziły, że zdatność arbitrażowa nie opiera się wyłącznie na jej kryterium normatywnym i może być rozważana na różnych poziomach analizy. Z pozycji badacza zainteresowanego oceną modyfikacji polskiego kryterium zdatności arbitrażowej, podjęto dwie główne osie analizy. Z jednej strony, aby zdefiniować pojęcie zdatności arbitrażowej na płaszczyźnie teoretycznej, przyjęto podejście deskryptywne, które wydaje się potwierdzać istnienie zjawiska zdatności arbitrażowej *sensu stricto*. Z drugiej strony, skupiono się na zastosowaniu pojęcia zdatności arbitrażowej w różnych obszarach prawa, aby poszerzyć badania o aspekt praktyczny. Doprowadziło to do opracowania pojęcia zdatności arbitrażowej *sensu largo*. Podczas gdy konsekwencją pierwszej linii badań było studium funkcjonalnego modelu normatywnych kryteriów zdatności arbitrażowej z uwagi na ich jedynie częściową konwergencję, refleksja nad drugą osią wykazała istnienie różnych

postaci zdolności arbitrażowej – zdolności pełnej, „warunkowej”, „dostosowanej” i „potencjalnej”.

W tym sensie odpowiedź na pytanie, które postawiono na początku niniejszej pracy, dotyczące zakresu modyfikacji polskiego kryterium zdolności arbitrażowej, okazuje się bardziej złożona, niż na początku zakładano.

Po pierwsze, porządki prawne, z których polski ustawodawca słusznie zaczerpnął inspirację podczas reformy KPC z 2019 r., nie wydają się „bardziej” lub „mniej” proarbitrażowe jedynie w zakresie uregulowania kryterium zdolności arbitrażowej<sup>1366</sup>. Pomimo słabszego lub silniejszego zakorzenienia w kontraktowej lub jurysdykcyjnej teorii arbitrażu, nie odzwierciedla to wprost ich aktualnego stanowiska wobec sądownictwa polubownego.

W pewnym zakresie rozwiązania przyjęte w szczególności w prawie francuskim, jednym z przedstawicieli rodziny praw romańskich, który jest jednocześnie propagatorem zasady swobody zawierania umów, charakteryzują się dużą liczbą ograniczeń dla arbitrażu. Restrykcyjna regulacja reżimu klauzuli arbitrażowej jest w tym prawie dopiero modyfikowana, a wszechobecne pojęcie *ordre public* ogranicza arbitraż, zwłaszcza w odniesieniu do sporów krajowych. Pewna elastyczność francuskiego prawa arbitrażowego opiera się jednak na sile orzecznictwa, które w sposób kazuistyczny reguluje, co podpada, a co nie podpada pod zakres porządku publicznego.

Porządki prawne z kręgu rodziny praw germańskich wykazują natomiast dużą zdolność przystosowania się do rozwoju arbitrażu, zarówno w zakresie uregulowania wyznacznika zdolności arbitrażowej, jak i rozdzielenia pojęcia porządku publicznego od prawa arbitrażowego. Pod tym względem, z uwagi na charakter i wcześniejsze inspiracje prawa prywatnego w Polsce, polski ustawodawca słusznie podąża za modelami prawnymi charakterystycznymi dla porządków prawnych zakorzenionych w rodzinie praw germańskich, również w zakresie arbitrażu. Ich zakorzenienie w nurcie jurysdykcyjnym jest obecnie raczej czynnikiem stabilizującym wiarygodność sądownictwa polubownego niż stanowiącym jego obciążenie. Nakładanie się wpływów praw germańskich i romańskich, jak ma to miejsce m.in. w prawie szwajcarskim i belgijskim, pozwala z kolei na opracowanie nowoczesnych modeli arbitrażu, zilustrowanych w szczególności obiektywnością kryteriów zdolności arbitrażowej.

---

<sup>1366</sup> Niniejsze wnioski zostały również przedstawione w artykule L. Sokołowska, „Zmiana kryterium zdolności arbitrażowej w prawie polskim z perspektywy prawnoporównawczej”, *op.cit.*, ss. 57-65.

Po drugie, porządki prawne mogą potencjalnie poszerzyć zakres zdatności arbitrażowej poprzez dostosowanie jej do potrzeb arbitrażu międzynarodowego. Jeśli legislator przyjął dualistyczny model arbitrażu, tak jak w przypadku Szwajcarii i Francji, potencjalnie wpływa to na liberalizację kryteriów zdatności arbitrażowej, także w arbitrażu krajowym. Nie jest to jednak reguła i powinno się docenić prostotę reżimów monistycznych w kontekście efektywności regulacji arbitrażu. Pod tym względem polski ustawodawca, który przyjął model monistyczny i dla którego międzynarodowy arbitraż nie stanowi aktualnie wielkiego wyzwania, mógłby rozważyć ewentualne zastosowanie modelu „pośredniego”, w celu przygotowania prawa arbitrażowego na potrzeby arbitrażu międzynarodowego.

Wreszcie, zastępowanie kryterium zdatności arbitrażowej innym wyznacznikiem, wydaje się mieć sens jedynie w szerszym kontekście normatywnym. W istocie bowiem to nie wyłącznie kryteria normatywne różnią się od siebie, lecz różna może być ich interpretacja, finalnie kształtująca zakres zdatności arbitrażowej. O ile prawdą jest, że kryteria zdatności arbitrażowej są zbieżne, tak jak ma to miejsce w szczególności w przypadku dyspozycji prawami i zdatności ugodowej, z semantycznego punktu widzenia wskazują one bowiem na zbliżoną podstawę normatywną, efekt ich interpretacji może się jednak różnić. Chodzi tu głównie o koncepcję porządku publicznego, która w różny sposób wpływa na wizję arbitrażu na gruncie odrębnych porządków prawnych. W tym kontekście wydaje się zatem, że celem polskiego ustawodawcy winno być doprecyzowanie zakresu zdatności arbitrażowej, z uwzględnieniem szeroko pojętej specyfiki polskiego prawa prywatnego i arbitrażowego. Ostatnia reforma KPC z 2019 r. wskazuje na to, że ustawodawca słusznie podążył w tym zakresie za przykładem praw obcych, przynajmniej w kwestii jednoznacznego uznania zdatności arbitrażowej sporów majątkowych.

Refleksja nad drugą linią badań ujawnia potrzebę wyjścia poza regulację kryterium zdatności arbitrażowej tak, aby domena zdatna arbitrażowo była spójna, jasno określona i gwarantowała wiarygodną procedurę arbitrażową. Pytanie, które zadano w trakcie niniejszych badań, miało na celu sformułowanie odpowiedzi dotyczącej zakresu poszerzenia zdatności arbitrażowej. Takie pytanie w rzeczywistości odnosi się do pojęcia skuteczności i wiarygodności arbitrażu i stara się zapobiec możliwemu ryzyku zmniejszenia zaufania do tej instytucji.

Z niniejszych badań wynika, że granice arbitrażu, tradycyjnie wynikające z jego kontraktowej natury, silnie wpływają na zdatność arbitrażową niektórych sporów, takich jak te, które potencjalnie mogłyby doprowadzić do arbitrażu korporacyjnego. Problem ten, nie stanowiąc

wcale o nieprzewycięzalnej przeszkodzie dla arbitrażu, wskazuje jednak na konieczność szukania rozwiązań poza samą regulacją zdatności arbitrażowej. Pod tym względem zdatność arbitrażowa staje się „warunkowa” w zależności nie tylko od jej kryteriów normatywnych i instytucji procedury cywilnej, jak w przypadku obcej prawa polskiemu instytucji „sprzeciwu osoby trzeciej”, ale również od czynników kwestionujących podstawowe prerogatywy arbitrażu, jak poufność, tak jak w przypadku ujawnienia w rejestrze publicznym wyroku unieważniającego patent. Zdatność arbitrażowa może również podlegać adaptacji, tak jak w przypadku „dostosowywania” się prawa konsumenckiego i upadłościowego do aktualnych potrzeb obrotu prawno-ekonomicznego. W końcu, mamy również do czynienia ze zdatnością „potencjalną”, tak jak ma to miejsce w szeroko pojętym prawie rodzinnym. Dzięki procesowi „kontraktualizacji” prawa prywatnego, obszary niezdatne arbitrażowo stają przed nowymi wyzwaniami i perspektywami.

Pytanie, które należy zatem zadać w perspektywie dalszych badań, dotyczy autonomii prawa arbitrażowego jako systemu normatywnego. Jest to również pytanie o jego skuteczności w świetle jego wiarygodności. W interesie prawodawcy leży konstruowanie norm korzystnych dla arbitrażu w taki sposób, aby promować funkcjonalne i wiarygodne sądownictwo polubowne.

## ***L'arbitrabilité des litiges de droit privé – perspective comparatiste***

*S'inscrivant dans le cadre des débats de la doctrine polonaise sur le régime de l'arbitrabilité objective et sur sa réforme, l'objectif général de la présente étude est d'analyser la notion d'arbitrabilité au travers des solutions adoptées par les droits distinctifs de la famille romano-germanique et du système Common Law, afin d'étudier leur efficacité quant à la soumission des litiges du droit privé à l'arbitre. Suivant les tendances actuelles en arbitrage interne et international, notamment en droit français et polonais, une telle analyse des solutions législatives comparées permet de nourrir utilement les discussions sur le modèle de l'arbitrabilité.*

*À cet égard, la présente étude cherche, en premier lieu, à vérifier l'hypothèse selon laquelle le critère polonais de l'arbitrabilité ne remplissait pas jusqu'alors son rôle en tant qu'un indicateur pertinent des litiges arbitrables. En deuxième lieu, elle vise à répondre à la question de savoir si, à la suite des processus de libéralisation du droit de l'arbitrage, il s'est développé un concept d'arbitrabilité « transnationale ». Enfin, confrontant le processus de libéralisation des critères d'arbitrabilité au risque de l'incertitude juridique qu'il engendre, la présente étude pose la question du besoin de redéfinition des limites de l'arbitrabilité face aux attentes de la justice privée fonctionnelle.*

*Pour cerner la notion d'arbitrabilité sur le plan théorique, la présente étude adopte une approche descriptive, qu'incarne l'analyse stricto sensu de l'arbitrabilité, avant de s'interroger l'application concrète de ce concept dans les différents domaines du droit, dans une perspective plus prospective. Une telle démarche permet une appréciation lato sensu de la notion d'arbitrabilité.*

*Descripteurs : arbitrabilité, arbitrage commercial, critères normatifs, droit de l'arbitrage en Pologne et en France, perspective comparatiste*

## ***Arbitrability of private law dispute – comparative perspective***

*As part of the debate of the Polish doctrine concerning the arbitrability regime and its revision, the general objective of this study is to analyse the notion of arbitrability through the solutions adopted by the distinctive legislations of the Romano-Germanic family and the Common Law system, in order to examine their effectiveness as regards the submission of private law disputes to the arbitrator. Following the current trends in domestic and international arbitration, particularly under French and Polish law, such an analysis of comparative legislative solutions tends to enrich discussions on the arbitrability model.*

*In this respect, the present study seeks, firstly, to test the hypothesis that the Polish criterion of arbitrability has not fulfilled so far its role as a relevant indicator of arbitrable disputes. Secondly, it aims to answer the question of whether, under the liberalization process of arbitration law, a concept of "transnational" arbitrability has been developed. Finally, confronting the process of liberalization of arbitrability criteria with the risk of the legal uncertainty, this study raises the question of redefinition of the arbitrability limits, facing the expectations of an effective private justice.*

*In order to define the notion of arbitrability theoretically, the present study adopts a descriptive approach, embodied by the analysis of arbitrability in the strict sense, before questioning the concrete application of this concept in the different domains of law from a prospective perspective. Such an approach allows the analysis of the notion of arbitrability in the broad sense.*

*Keywords: arbitrability, commercial arbitration, normative criteria, Polish and French arbitration law, comparative perspective*



